کتاب هدایه سلسبیل
٢٩

التصرف على الصغار
انواع ثمنه ٣٣١

كتاب الإكراه

كتاب هدايه

من الكتب التي اشتراها العبد الفقير الى الله سبحانه وتعالى
احمد المدرس بمدرسة اولاي العروي
عفي عنه

من كتب الفقير الى [illegible]
محمد امام
السنة
عفي له

الملك لله دخل في حفظ عبده
الحاجي بشير آغاء دار السعادة الشريفة
لسنة ثمان وخمسين ومائة
واقف

٤٠٧

هذه النسخة الجليلة والمجلة الجميلة من وقف حضرت مولانا صاحب الخيرات الحسان
صاحب ذيل الجود والاحسان منور مصابيح المقاصد بانوار العناية
مفتح معاقد المراصد بمفاتح الكفاية جامع محاسن العلم والعمل حائز مجامع البر
الاكمل الاتم وهو آغاء دار السعادة الحاج بشير وفقه للخير المزيد والبر الكثير
من هو على كل شيء قدير حرره الفقير الى الله سبحانه وتعالى
محمد امين المفتش باوقاف الحرمين المحترمين
عفي له

رسالة مرتبة في بيان آداب صاحب الهداية

[illegible] الهداية انه قال الحديث محمول على المعنى الفلاني يريد به قد حمل الحديث
[illegible] وان قال يحمل يريد به انه يحمل على هذا المعنى ولم يحمل على هذا المعنى بعد
[illegible] في الدليل العقلي ولما قلنا في الدليل الثابت بالكتاب ولما روينا في الثابت
[illegible] في الثابت بقول الصحابة وقد لا يفرق بين الاثر والخبر ويقول فيهما لما روينا
[illegible] هو عمم ومن دابه انه لا يذكر الفاء في جواب اما اعتمادا لظهور المعنى ومن دابه انه اذا اورد النظر
[illegible] اشار الى النظر باسماء الاشارة التي تستعمل للبعيد والى المسئلة بالتي تليه
[illegible] به انه يعبر عن الدليل العقلي بالفقه ويقول والفقه فيه كذا ومن دابه انه اذا قال عن فلان يريد الرواية
عن ذلك الفلان واذا قال عند فلان يريد انه مذهبه ومن دابه انه يبني الجواب الاخر كاينا لمن كان ومن عادته
انه اذا ذكر قدام لفظة قال رحمه الله او مثله يريد به نفسه ولم يذكر بصيغة المتكلم احترازا
عن الانانية ومن دابه انه يذكر اولا مسائل القدوري ثم يذكر مسائل الجامع الصغير في اواخر
الاجوبة ومن دابه انه اذا كان نوع مخالفة بين عبارة القدوري وعبارة الجامع الصغير
يصرح بلفظ الجامع الصغير ومن دابه انه يجيب السؤال المقدر ولا يصرح السؤال ولا يقول فان قيل كذا
ثم ذكر في المجلد الاخير في ثلثة مواضع فان قيل كذا قلنا كذا صريحا ومن دابه انه يذكر كتابه
بكفاية المنتهى في مواضع منها قبيل كتاب الشفعة ثم اخر كتاب الغصب ومنها
في كتاب القسمة قبيل كيفية القسمة ومنها في اواخر كتاب المساقاة ومنها في اواخر
باب الرهن عند العدل ومنها في كتاب الشركة ومنها في باب عتق احد
العبدين ومنها في الكتابة الفاسدة ومنها في كتاب الكراهية
في الفصل الاول ومنها في قسمة المغنم ومنها في اخر
كتاب الذبائح ومنها في الاستبراء ومنها
في الرهن قبيل التصرف في الرهن
ومنها اخر الشفعة في المنثور
م م م

الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه • واظهر شعائر الشرع واحكامه • وبعث رسلا
وانبياء صلوات الله عليهم اجمعين الى سبل الحق هادين • واخلفهم علماء
الى سنن سننهم داعين • يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين
منه في ذلك وهو ولي الارشاد • وخص اوائل المستنبطين بالتوفيق حتى
وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع •
والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع • واقتناص الشوارد بالاقتباس
من الموارد • والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال • وبالوقوف على المآخذ
يعض عليها بالنواجذ • وقد جرى على الوعد في مبدأ بداية المبتدي ان اشرحها
بتوفيق الله شرحا ارسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض
المساغ • وحين اكاد اتكئ عنه اتكاء الفراغ تبينت فيه نبذا من الاطناب •
وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب • فصرفت العنان والعناية الى شرح اخر
موسوم بالهداية اجمع فيه بتوفيق الله بين عيون الرواية • ومتون
الدراية تاركا للزوائد في كل باب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب
مع ما انه يشتمل على اصول ينسحب عليها فصول واسأل الله ان
يوفقني لاتمامها ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها حتى ان من سمت
همته الى مزيد الوقوف يرغب في الاطول والاكبر ومن اعجله الوقت عنه
يقتصر على الاقصر والاصغر وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله
ثم سألني بعض اخواني ان املي عليهم المجموع الثاني فافتتحته مستعينا بالله

في تحرير ما قاولته متضرعا اليه في التيسير لما حاولته انه الميسر لكل عسير وهو على
ما يشاء قدير وبالاجابة جدير

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا ايها الذين
امنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم الاية ففرض الطهارة غسل الاعضاء
الثلثة ومسح الرأس بهذا النص والغسل هو الاسالة والمسح هو الاصابة وحد
الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذنين لان المواجهة تقع بهذه
الجملة وهو مشتق منها قال والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا
خلافا لزفر هو يقول ان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم ولنا
ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم
لمد الحكم اليها اذ الاسم يطلق على الامساك ساعة والكعب هو العظم الناتئ
هو الصحيح ومنه الكاعب قال والمفروض في مسح الرأس مقدار الناصية وهو
ربع الرأس لما روى المغيرة بن شعبة ان النبي عم اتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح
على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة على الشافعي في التقدير
بثلث شعرات وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره
اصحابنا بثلث اصابع من اصابع اليد لانها اكثر ما هو الاصل في الة المسح قال وسنن
الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ المتوضئ من نومه لقوله
اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدري
اين باتت يده ولان اليد الة التطهير فتسن البداية بتنظيفها وهذا الغسل الى الرسغ
لوقوع الكفاية به في التنظيف قال وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء لقوله عم لا وضوء
لمن لم يسم الله والمراد به نفي الفضيلة والاصح انها مستحبة وان سماها في الكتاب سنة
ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح والسواك لانه عم كان يواظب عليه
وعند فقده يعالج بالاصبع لانه عم فعل كذلك والاصح انه مستحب والمضمضة
والاستنشاق لانه عم فعلهما على المواظبة وكيفيته ان يمضمض ثلثا يأخذ لكل
مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي عن وضوء النبي عم ومسح الاذنين
وهو سنة بماء الرأس خلافا للشافعي لقوله عم الاذنان من الرأس والمراد به
بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لان النبي عم امره جبرئيل بذلك وقيل هو سنة
عند ابي يوسف جائز عند ابي حنيفة ومحمد لان السنة اكمال الفرض في محله والداخل
ليس بمحله وتخليل الاصابع لقوله عم خللوا اصابعكم كيلا تتخللها نار
جهنم ولانه اكمال الفرض في محله وتكرار الغسل الى الثلث لانه عم توضأ مرة مرة
فقال هذا وضوء من لا يقبل الله الصلوة الا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا

قوله والوعيد لعدم رؤيته سنة اشارة الى اختيار الثاني وبه الثالث لانه افراد او لطمانينة القلب عند الشك او بنية وضوء آخر فلا بأس به فان الوضوء على الوضوء نور على نور وقد امر بترك ما يريبه الى ما لا يريبه ك

وضوء من يضاعف الله له الاجر مرتين وتوضأ ثلثا ثلثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء
من قبلي فمن زاد على هذا او نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة ويستحب
للمتوضي ان ينوي الطهارة فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي فرض لانه عبادة
فلا تصح بدون النية كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلوة
بوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا في حالة ارادة الصلوة
او هو ينبئ عن القصد ويستوعب رأسه بالمسح وهو سنة وقال الشافعي السنة
التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول ولنا ان انسا رض توضأ ثلثا ثلثا ومسح
برأسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله والذي روي من التثليث محمول عليه
بماء واحد وهو مشروع على ما روي عن ابي حنيفة رح ولان المفروض هو المسح وبالتكرار
يصير غسلا فلا يكون مسنونا وصار كمسح الخف بخلاف الغسل لانه لا يضره التكرار
قال ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله بذكره وبالميامن فالترتيب في الوضوء سنة
عندنا وعند الشافعي فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الآية والفاء للتعقيب ولنا
ان المذكور فيها حرف الواو وهو لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فيقتضي غسل جملة
الاعضاء والبداية بالميامن فضيلة لقوله عم ان الله تعالى يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل

فصل في نواقض الوضوء

والمعاني الناقضة للوضوء كل ما يخرج من السبيلين لقوله تعالى
او جاء احد منكم من الغائط وقيل لرسول الله صلعم ما الحدث قال ما يخرج من السبيلين
وكلمة ما عامة تتناول المعتاد وغيره والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى
موضع يلحقه حكم التطهير والقيء ملء الفم وقال الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض
الوضوء لما روي عن النبي عم انه قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع الاصابة
امر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا قوله عم الوضوء من كل
دم سائل وقوله عم من قاء او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته
ما لم يتكلم ولان خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وهذا القدر في الاصل
معقول والاقتصار على الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تعدي
الاول غير ان الخروج يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم في
القيء لان بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة بخلاف
السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على
الانتقال والخروج والفم ظاهر من وجه باطن من وجه فاعتبر ظاهرا في ملء الفم
باطنا لما دونه وملء الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف لانه يخرج
ظاهرا فيعتبر خارجا وقال زفر قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان

اعتبارا

قوله او دسعة بالجزم يعني ان اعتبار هذه الاحداث وقال يعاد الوضوء من كذا وكذا ثم قال او دسعة بملء الفم فعلم من هذا ان ما دون ملء الفم ليس بناقض قال الدسعة القيء يقال دسع الرجل اذا قاء ملء الفم واصل الدسع الدفع كذا ذكره المطرزي في المغرب غاية البيان

اعتبارا بالمخرج المعتاد ولاطلاق قوله عم القلس حدث ولنا قوله عم ليس في
القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون سائلا وقول علي رض حين عد الاحداث
جملة او دسعة تملأ الفم واذا تعارضت الاخبار يحمل ما رواه الشافعي على القليل
وما رواه زفر على الكثير والفرق بين المسلكين ما قدمناه ولو قاء متفرقا بحيث
لو جمع يملأ الفم فعند ابي يوسف يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد يعتبر اتحاد السبب وهو
الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف وهو الصحيح لانه
ليس بنجس حكما حيث لا ينتقض به الطهارة وهذا اذا قاء مرة او ماء او طعاما فان
قاء بلغما فغير ناقض عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف ناقض اذا قاء ملء الفم
والخلاف في المرتقي من الجوف واما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق لان
الرأس ليس بموضع النجاسة لابي يوسف انه نجس بالمجاورة ولهما انه لزج لا تتخلله النجاسة
وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم
لانه سوداء محترقة وان كان مائعا فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه وعندهما
ان سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وان كان قليلا لان المعدة ليست بمحل الدم
فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الرأس الى ما لان من الانف نقض بالاتفاق
لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا او متكئا او مستندا
الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن
خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال
المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند
يمنعه من السقوط بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلوة وغيرها
هو الصحيح لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والاصل
فيه قوله عم لا وضوء على من نام قائما او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام
مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة على العقل بالاغماء
والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء حدث في الاحوال
كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء فوقه فلا يقاس عليه
والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود والقياس انه لا ينقض وهو قول الشافعي
لانه ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلوة
ولنا قوله عم الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا وبمثله يترك
القياس والاثر ورد في صلوة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا له
ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلوة

دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقضة للوضوء وان خرجت من رأس الجرح
او سقط اللحم لا ينقض والمراد بالدابة الدودة وهذا لان النجس ما عليها وذلك
قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه الجشاء والفساء
بخلاف الريح الخارج من القبل والذكر لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت
مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر قال فان قشرت نقطة
فسال منها ماء او صديد او غيرهما ان سال عن رأس الجرح ينقض وان لم يسل
لم ينقض وقال زفر ينقض في الوجهين وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين
وهي مسئلة الخارج من غير السبيلين وهذه الجملة نجس لان الدم ينضج فيصير قيحا
ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها
فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج لا خارج **فصل في الغسل** وفرض الغسل المضمضة
والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي هما سنتان فيه لقوله عم عشر
من الفطرة اي السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا سنتين
في الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان
ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج من النص بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه
والمواجهة فيهما منعدمة والمراد بما روي حالة الحدث بدليل قوله عم انهما فرضان
في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته ان يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل
نجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلوة الا رجليه ثم يفيض الماء
على رأسه وسائر جسده ثلثا ثم يتنحى عن ذلك المكان فيغسل رجليه هكذا حكت
ميمونة اغتسال رسول الله صلعم وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع
الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر وانما يبدأ بازالة النجاسة
الحقيقية كيلا تزداد باصابة الماء وليس على المرأة ان تنقض ضفائرها في
الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله عم لام سلمة يكفيك اذا بلغ الماء اصول
شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح بخلاف اللحية لانه لا حرج في
ايصال الماء الى اثنائها **قال** والمعاني الموجبة للغسل انزال المني على وجه
الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة وعند الشافعي خروج المني
كيف ما كان يوجب الغسل لقوله عم الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا ان
الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة خروج المني على وجه الشهوة يقال اجنب
الرجل اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج عن شهوة ثم
المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند ابي يوسف

ظهوره

ظهوره ايضا اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه متى وجب من وجه
فالاحتياط في الايجاب والتقاء الختانين من غير انزال لقوله عم اذا التقى الختانان
وتوارت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه سبب للانزال ونفسه يتغيب عن
بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية
ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان السببية ناقصة
والحيض لقوله عم حتى يطهرن بالتشديد والطهارة وكذلك النفاس بالاجماع وسن رسول
الله صلعم الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام نص على السنة وقيل هذه
الاربعة مستحبة وسمى محمد الغسل في يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك هو
واجب لقوله عم من اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عم من توضأ يوم الجمعة فبها
ونعمت ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ ثم هذا
الغسل للصلوة عند ابي يوسف وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص
الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع
فيستحب الاغتسال دفعا للتأذي بالرائحة الكريهة واما في عرفة والاحرام فسنبينه
في المناسك ان شاء الله تعالى وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء
لقوله عم كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي هو الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه
خروجا فيكون معتبرا به والمني ماء ابيض خاثر ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب الى البياض
يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير مأثور عن عائشة رضي الله عنها **باب الماء**
الذي يجوز به الوضوء الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية
والعيون والابار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عم
الماء طهور لا ينجسه شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه وقوله عم في البحر هو الطهور
ماؤه والحل ميتته ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يجوز بماء اعتصر من
الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة
في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص عليه واما الماء الذي يقطر من
الكرم فيجوز التوضي به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره في جوامع ابي يوسف
وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره
فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلاء والمرق وماء
الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلاء ما تغير بالطبخ وان تغير
بدون الطبخ يجوز التوضي به ويجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر فغير احد
اوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن او الزعفران او الصابون

أو الأشنان قال أجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروي عن أبي يوسف
أنه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره الناطفي والإمام السرخسي
وقال الشافعي لا يجوز التوضي بماء الزعفران وأشباهه مما ليس من جنس
الأرض لأنه ماء مقيد ألا ترى أنه يقال ماء الزعفران بخلاف أجزاء الأرض لأن
الماء لا يخلو عنها عادة ولنا أن اسم الماء باق على الإطلاق ألا ترى أنه لم يتجدد
له اسم على حدة وإضافته إلى الزعفران كإضافته إلى البئر والعين ولأن الخلط
القليل لا معتبر به لعدم إمكان الاحتراز عنه كما في أجزاء الأرض فيعتبر الغالب
والغلبة بالأجزاء لا بتغير اللون وهو الصحيح وإن تغير بالطبخ بعد ما اختلط به غيره
لا يجوز التوضي به لأنه لم يبق في معنى الماء المنزل من السماء إلا إذا طبخ فيه ما يقصد به
المبالغة في النظافة كالأشنان ونحوه إلا أن يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق
المخلوط لزوال اسم الماء عنه وكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء منه
قليلا كانت النجاسة أو كثيرا وقال مالك يجوز ما لم يتغير أحد أوصافه لما روينا
وقال الشافعي يجوز إذا كان الماء قلتين لقوله عم إذا بلغ الماء قلتين لا يحمل
خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عم لا يبولن أحدكم في الماء الدائم
ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك ورد في بئر بضاعة
وماؤه كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي ضعفه أبو داود وهو يضعف
عن احتمال النجاسة والماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به إذا لم
ير لها أثر لأنها لا تستقر مع جريان الماء والأثر هو الطعم أو الرائحة أو اللون
والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة والغدير العظيم الذي
لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الطرف الآخر إذا وقعت نجاسة في أحد جانبيه جاز
الوضوء من الجانب الآخر لأن الظاهر أن النجاسة لا تصل إليه إذ أثر التحريك
في السراية فوق أثر النجاسة ثم عن أبي حنيفة أنه كان يعتبر التحريك بالاغتسال
وهو قول أبي يوسف وعنه بالتحريك باليد وعن محمد بالتوضي ووجه الأول أن
الحاجة إليه في الحياض أشد منها إلى التوضي وبعضهم قدروا بالمساحة
عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للأمر على الناس وعليه الفتوى والمعتبر
في العمق أن يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله في الكتاب جاز
الوضوء من الجانب الآخر إشارة إلى أنه يتنجس موضع الوقوع وعن أبي
يوسف لا يتنجس إلا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري قال وموت ما ليس له
نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقرب

ونحوها

ونحوها وقال الشافعي ينجسه لأن التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف دود الخل
وسوس الثمار لأن فيه ضرورة ولنا قوله عم فيه هذا هو الحلال أكله وشربه والوضوء
منه ولأن المنجس هو اختلاط الدم المسفوح بأجزائه عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم
فيه ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة كالطين وموت ما يعيش
في الماء فيه لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان وقال الشافعي يفسده إلا
السمك لما مر ولنا أنه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما و
لأنه لا دم فيها إذ الدموي لا يسكن في الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل
غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وعدم المعدن وما
يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد
قال والماء المستعمل لا يطهر الأحداث خلافا لمالك والشافعي هما يقولان إن الطهور
ما يطهر غيره مرة بعد أخرى كالقطوع وقال زفر وهو أحد قولي الشافعي إن كان
المستعمل متوضئا فهو طاهر وطهور وإن كان محدثا فهو طاهر غير طهور لأن العضو
طاهر حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء
نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد
وهو رواية عن أبي حنيفة رح هو طاهر غير طهور لأن ملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب
التنجس إلا أنه أقيمت به قربة فتغيرت صفته كمال الصدقة وقال أبو حنيفة رح وأبو يوسف
هو نجس لقوله عم لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الحديث ولأنه ماء أزيلت به
النجاسة الحكمية فيعتبر بماء أزيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن أبي حنيفة
نجس نجاسة غليظة اعتبارا بالمستعمل في الحقيقة وفي رواية أبي يوسف عنه
وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف والماء المستعمل هو ما أزيل به حدث أو استعمل
في البدن على وجه القربة قال رحمه الله وهذا عند أبي يوسف وقيل هو قول أبي حنيفة
أيضا وقال محمد لا يصير مستعملا إلا بإقامة القربة لأن الاستعمال بانتقال
نجاسة الآثام إليه وإنما تزال بالقرب وأبو يوسف يقول إسقاط الفرض
مؤثر فيه أيضا فيثبت الفساد بالأمرين ومتى يصير مستعملا الصحيح أنه كما زايل العضو
صار مستعملا لأن سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا
ضرورة بعده والجنب إذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند أبي يوسف الرجل
بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده لإسقاط الفرض والماء بحاله لعدم
الأمرين وعند محمد كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب والماء لعدم نية
التقرب وعند أبي حنيفة كلاهما نجسان الماء لإسقاط الفرض عن البعض

بأول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الأعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة
الماء المستعمل وعنه أن الرجل طاهر لأن الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال
وهو أوفق الروايات **قال** وكل إهاب دبغ فقد طهر وجازت الصلوة فيه والوضوء
منه إلا جلد الخنزير والآدمي لقوله عم أيما إهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على
مالك رح في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع بالميتة بإهاب
لأنه اسم لغير المدبوغ وهو حجة على الشافعي رح في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين
ألا ترى أنه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لأنه نجس العين إذ الهاء
في قوله تعالى فإنه رجس منصرف إليه لقربه وحرمة الانتفاع بأجزاء الآدمي لكرامته
فخرجا عما روينا ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وإن كان تشميسا أو تتريبا
لأن المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة
لأنه يعمل عمل الدباغ في إزالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه هو الصحيح وإن كان لم
يكن مأكولا **قال** وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي رح نجس لأنه من أجزاء
الميتة ولنا أنه لا حيوة فيهما ولهذا لم يتألم الحيوان بقطعهما ولا يحلهما الموت
إذ الموت زوال الحيوة وشعر الإنسان وعظمه طاهر وقال الشافعي رح نجس لأنه
لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا أن حرمة الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته

فصل في البئر وإذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء
طهارة لها بإجماع السلف ومسائل البئر مبنية على اتباع الآثار دون
القياس فإن وقعت فيها بعرة أو بعرتان من بعر الإبل أو الغنم لم تفسد الماء استحسانا
والقياس أن تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان أن آبار
الفلوات ليس لها رؤس حاجزة والمواشي تبعر حولها وتلقيها الريح فيها فجعل
القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي
عن أبي حنيفة وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث
والخثي والبعر لأن الضرورة تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة أو بعرتين
قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الإناء
على ما قيل لعدم الضرورة وعن أبي حنيفة أنه كالبئر في حق البعرة والبعرتين **قال**
فإن وقع فيها خرء الحمام والعصفور لا يفسده خلافا للشافعي رح له أنه استحال إلى فساد
فأشبه خرء الدجاج ولنا إجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع
ورود الأمر بتطهيرها واستحالته لا إلى نتن رائحة فأشبه الحمأة **قال** فإن
بالت فيها شاة نزح الماء كله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رح لا ينزح الماء

فلا يمكن الاحتراز عنه

قياس

إلا إذا غلب على الماء فيخرج من أن يكون طهورا وأصله أن بول ما يؤكل لحمه طاهر
عنده نجس عندهما له أنه عم أمر العرنيين بشرب أبوال الإبل وألبانها ولهما قوله
عم استنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه ولأنه يستحيل إلى نتن وفساد
فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتأويل ما روي أنه عم عرف شفاءهم فيه وحيا ثم عند أبي حنيفة
لا يحل شربه للتداوي ولا لغيره لأنه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة و
وعند أبي يوسف يحل للتداوي ولا لغيره للقصة وعند محمد يحل للتداوي وغيره
للطهارة عنده **قال** فإن ماتت فيها فأرة أو عصفورة أو صعوة أو سودانية
أو سام أبرص نزح منها عشرون دلوا إلى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغره يعني
بعد إخراج الفأرة لحديث أنس أنه قال في الفأرة ماتت في البئر وأخرجت
من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفأرة في الجثة
فأخذت حكمها والعشرون بطريق الإيجاب والثلثون بطريق الاستحباب وإن ماتت
فيها حمامة أو نحوها كالدجاجة والسنور نزح ما بين أربعين إلى ستين وفي
الجامع أربعون أو خمسون وهو الأظهر لحديث عن أبي سعيد الخدري أنه في الدجاجة
إذا ماتت في البئر ينزح منها أربعون دلوا هذا لبيان بطريق الإيجاب والخمسون بطريق
الاستحباب ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى به منها الماء وقيل دلو يسع فيه
صاع وهو رواية عن أبي حنيفة ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين
دلوا جاز لحصول المقصود **قال** وإن ماتت فيها شاة أو آدمي أو كلب نزح جميع
ما فيها لأن ابن عباس وابن الزبير أفتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في
بئر زمزم **قال** وإن انتفخ الحيوان أو تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان أو كبر
لانتشار البلة في أجزاء الماء **قال** وإن كانت البئر معينة لا يمكن نزحها
أخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء وطريق معرفته أن تحفر بجنب البئر حفيرة
مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح إلى أن تملي أو ترسل فيها قصبة
ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها عشر دلاء مثلا ثم تعاد القصبة
فينظر كم ينقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذان عن أبي يوسف وعن
محمد مائتي دلو إلى ثلثمائة فكأنه بنى جوابه على ما شاهد في بلده وعن أبي حنيفة في
الجامع الصغير في مثله أنه ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دأبه
وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في أمر الماء وهذا أشبه بالفقه **قال** وإن
وجدوا في البئر فأرة أو غيرها ولا يدري متى وقعت ولم تنتفخ ولم تنفسخ
أعادوا صلوة يوم وليلة إذا كانوا توضؤا منها وغسلوا كل شيء أصابه

ماء او وان كانت قد انتفخت او تفسخت اعادوا صلوة ثلثة ايام ولياليها وهذا
عند ابي حنيفة وقالا ليس عليهم اعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين لا يزال
بالشك فصار كمن راى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته ولابي حنيفة ان للموت
سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ دليل التقادم
فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة
لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى
هي على هذا الخلاف فيقدر بالثلث في البالي وبيوم وليلة في الطري ولو سلم
فالثوب بمرأى عينه والبئر غائبة عن بصره فيفترقان والعرق كل شيء معتبر بسؤره
لانهما متولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه قال وسؤر الادمي وما يؤكل لحمه
طاهر لان المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب
والحائض والكافر قال وسؤر الكلب نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله عم
يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فلما تنجس الاناء
فالماء اولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة على الشافعي في اشتراط
السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه سؤره وهو دونه اولى
والامر الوارد بالسبع محمول على الابتداء وسؤر الخنزير نجس لانه نجس العين على
ما مر قال وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي فيما سوى الكلب والخنزير
لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب قال وسؤر الهرة طاهر مكروه
وعن ابي يوسف انه غير مكروه لان النبي عم كان يصغي لها الاناء فيشرب منه ثم يتوضأ به
ولهما قوله عم الهرة سبع والمراد به بيان الحكم دون الخلقة والصوت الا انه سقطت
النجاسة لعلة الطواف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل
كراهته لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزيه والاول
الى القرب من التحريم ولو اكلت فارة ثم شربت على فورها الماء تنجس الا
اذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابي حنيفة
وابي يوسف ويسقط اعتبار الصب للضرورة قال وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه
لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت
قدميها لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سؤر سباع الطير لانها تاكل
الميتات فاشبه المخلاة وعن ابي يوسف انها اذا كانت محبوسة ويعلم صاحبها انه
لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية قال وسؤر ما يسكن
في البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السؤر الا انه

سقطت

سقطت النجاسة لعلة الطواف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة قال
وسؤر الحمار والبغل مشكوك فيهما وقيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان
طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء
المطلق لا يجب عليه غسل راسه وكذا لبنه طاهر ولا يؤكل وعرقه لا يمنع جواز الصلوة
وان فحش فكذا سؤره وهو الاصح ويروى نص محمد على طهارته وسبب الشك
تعارض الادلة في اباحته واختلاف المشايخ في سبب الشك وعن ابي حنيفة انه
نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم يجد
غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال زفر لا يجوز الا ان يقدم الوضوء
لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر احدهما فيفيد
الجمع دون الترتيب قال وسؤر الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا
عنده في الصحيح لان الكراهة لاظهار شرفه فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة يتوضأ
به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن فان النبي عم توضأ به حين لم يجد الماء
وقال ابو يوسف يتيمم ولا يتوضأ به وهو الصحيح الذي استقر عليه قوله وهذا
الخلاف كله فيما اذا كان مسافرا اما المقيم لا يجوز له ترك الوضوء وهو رواية عن ابي حنيفة
وهو رواية الحسن بن زياد وعن ابي يوسف وبه قال الشافعي عملا باية التيمم
لانها اقوى وهو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد
يتوضأ به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع
احتياطا قلت ليلة الجن كانت غير واحدة فلا تصح دعوى النسخ والحديث مشهور
عملت به الصحابة وبمثله يزاد على الكتاب واما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده
اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف فيه ان يكون حلوا
رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منه صار حراما لا يجوز التوضي به
وان غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا الخلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة
يجوز التوضي به لانه يحل شربه وعند محمد لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده لا يجوز
التوضي بما سواه من الانبذة جريا على قضية القياس

باب التيمم

ومن لم
يجد الماء وهو مسافر او خارج المصر وبينه وبين المصر ميل او اكثر يتيمم بالصعيد
لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عم التراب طهور المسلم
ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء وهو القول المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج
بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون خوف الفوت
لان التفريط ياتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض يخاف ان استعمل الماء

استد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء
وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال
واعتبر الشافعي خوف التلف وهو مردود بظاهر النص ولو خاف الجنب ان اغتسل
ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في
المصر فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا
يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره والتيمم ضربتان ضربة للوجه
وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة
ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل
الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس
لما روي ان قوما جاؤا الى رسول الله صلعم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد
الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عم عليكم بارضكم
ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل وقال
الشافعي لا يجوز الا بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف لقوله تعالى فتيمموا صعيدا
طيبا اي ترابا منبتا هكذا قاله ابن عباس غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي
رويناه ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر
فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون
عليه غبار عند ابي حنيفة لاطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد
عند ابي حنيفة ومحمد لانه تراب رقيق والنية فرض في التيمم وقال زفر ليس بفرض لانه
خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه او جعل
طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة
الصلوة اجزاه ولا يشترط نية التيمم للحدث او للجنابة هو الصحيح من المذهب فان
تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو متيمم لانه
نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لانه ليس بقربة
مقصودة ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حالة ارادة قربة مقصودة لا تصح
بدون الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة
مقصودة لا تصح بدون الطهارة وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو
متوضئ خلافا للشافعي بناء على اشتراط النية في المنصوص عليه فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ
بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر بطل تيممه لان الكفر ينافيه فاستوى فيه
الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهرا

فاعتراض

رواية الاصول رواية الجامعين والزيادات والمبسوط ورواية
غير الاصول رواية النوادر والامالي والرقيات والكيسانيات والهارونيات
شرح

فاعتراض الكفر لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر لانعدام النية
منه وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية
الماء اذا قدر على استعماله لان القدرة هي المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية
التراب وخائف السبع والعدو والعطش عاجز حكما والنائم عند ابي حنيفة قادر تقديرا والمراد من
الماء ما يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد طاهر
لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب
لعادم الماء وهو يرجو ان يجده في آخر الوقت ان يؤخر الصلوة الى آخر الوقت فان
وجد الماء والا تيمم وصلى ليقع الاداء باكمل الطهارتين فصار كالطامع في الجماعة
وعن ابي حنيفة وابي يوسف في غير رواية الاصول ان التاخير حتم لان غالب الرأي
كالمتحقق ووجه الظاهر ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه
ما شاء من الفرائض والنوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية ولنا انه
طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويتيمم الصحيح في المصر اذا حضرت جنازة
والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلوة لانها لا تقضى
فيتحقق العجز وكذا من حضر العيد فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته
العيد يتيمم لانها لا تعاد وقوله والولي غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه فان احدث
الامام والمقتدي في صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم للبناء لان
اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله ان الخوف باق لانه يوم
زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلوته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع
بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلوته
فتفسد صلوته ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان ادرك الجمعة
صلاها والا صلى الظهر اربعا لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف العيد وكذا
اذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته لان الفوات
الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء
لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه
بنفسه او وضعه غيره بامره وذكره في الوقت وبعده سواء له انه واجد للماء فصار
كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه ولان رحل المسافر معدن للماء عادة
فيفترض الطلب عليه ولهما انه لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل
معد للشرب لا للاستعمال ومسألة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق

فرض الستر يفوت لا الى خلف والطهارة الى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء
اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود
فلم يكن واجدا للماء وان غلب على ظنه ان هناك ماء لم يجز له ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد
للماء نظرا الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وان
كان مع رفيقه ماء طلبه منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه منه تيمم لتحقق العجز
ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه
لان الماء مبذول عادة ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق
القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط والله اعلم

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز بالسنة والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل ان من لم
يره كان مبتدعا لكن من رآه ثم لم يمسح اخذا بالعزيمة كان مأجورا ويجوز من كل
حدث موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث خصه بحدث موجب للوضوء لانه
لا مسح من الجنابة على ما نرى ان شاء الله وبحدث متاخر عن اللبس لان الخف عهد مانعا
فلو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست ثم خرج الوقت والمتيمم اذا
لبس الخف ثم رأى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط
الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه
ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول
الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند
ذلك كان الخف رافعا ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها
قال وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فيعتبر المدة من
وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدأ من قبل الاصابع الى الساق
لحديث المغيرة ان النبي عم وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما
مسحة واحدة وكأني انظر الى اثر المسح على خف رسول الله صلعم خطوطا بالاصابع
ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن
القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداية من الاصابع استحباب اعتبارا
بالاصل وهو الغسل وفرض ذلك مقدار ثلث اصابع من اصابع اليد وقال الكرخي
من اصابع الرجل والاول اصح اعتبارا لآلة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه
خرق كثير تبين منه مقدار ثلث اصابع من اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك
جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز وان قل لانه لما وجب غسل البادي
يجب غسل الباقي لتعذر الجمع بينهما ولنا ان خفاف الناس لا تخلو عن الخرق

القليل

القليل عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكثير فلا حرج والكثير ان ينكشف منه
قدر ثلث اصابع الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع
والثلث اكثرها فيقام مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر
بدخول الانامل اذا كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على
حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر
بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف العورة نظير
النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال المرادي
قال كان رسول الله صلعم يأمرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام
ولياليها الا عن جنابة ولكن من بول او غائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر
عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر وينقض المسح كل شيء ينقض
الوضوء لانه بعض الوضوء وينقضه ايضا نزع الخف لسراية الحدث الى القدم
حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة
واحدة وكذا مضي المدة لما روينا واذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه
وصلى وليس عليه اعادة بقية الوضوء وكذا اذا نزع قبل مضي المدة لان
عند النزع يسري الحدث السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم
النزع يثبت بخروج القدم الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا بنزع
اكثر القدم هو الصحيح ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام
يوم وليلة مسح ثلثة ايام ولياليها عملا باطلاق الحديث ولانه حكم
متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف ما اذا استكمل المدة ثم سافر
لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع ولو اقام وهو مسافر ان
استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر لا تبقى بدونه وان لم يستكمل اتمها
لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا
للشافعي فانه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا ان النبي عم مسح على الجرموقين
ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل
لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما احدث لان الحدث حل بالخف
فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح
بدلا عن الرجل الا ان ينفذ البلة الى الخف ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة
الا ان يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان الماء
لما روي ان النبي عم مسح على جوربيه ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا وهو

ان يستمسك على الرجل من غير ان يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس في معنى
الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه
انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع
والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز
المسح على الجبائر وان شدها على غير وضوء لانه عم فعل ذلك وامر عليا رضي الله عنه به
ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفى
بالمسح على الاكثر ذكره الحسن ولا يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت وان
سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل
لما تحتها ما دام العذر باقيا وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر و
وان كان في الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل
والله اعلم **باب الحيض والاستحاضة** اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وما نقص
من ذلك فهو استحاضة لقوله عم اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام
ولياليها واكثره عشرة ايام ولياليها وهو حجة على الشافعي في التقدير
بيوم وليلة وعن ابي يوسف يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام
الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره عشرة ايام والزائد استحاضة
لما روينا وهو حجة على الشافعي في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص
استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة
والكدرة في ايام الحيض حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف رح
لا يكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدر
عن الصافي ولهما ما روي ان عائشة رض جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا
وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدرة اولا كالجرة اذا ثقب
اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان المرأة اذا كانت من ذوات الاقراء يكون
حيضا ويحمل على فساد الغذاء وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة يحمل
على فساد المنبت فلا يكون حيضا والحيض يسقط عن الحائض الصلوة ويحرم
عليها الصوم وتقضي الصوم ولا تقضي الصلوة لقول عائشة رض كانت
احدانا على عهد رسول الله صلعم اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا
تقضي الصلوة ولان في قضاء الصلوة حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء
الصوم ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عم فاني لا احل المسجد لحائض
ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور

ولا تطوف

ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا يأتيها زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن
حتى يطهرن وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله عم لا يقرأ الحائض
والجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك في الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية
فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه
سورة من القرآن الا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عم لا يمس
القرآن الا طاهر ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت
الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما
هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم وهو الصحيح لانه تابع له بخلاف
كتب الشريعة حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة ولا بأس بدفع
المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الامر بالتطهير حرجا بهم
وهو الصحيح **قال** واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطؤها حتى
تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع
ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على الاغتسال
والتحريمة حل وطؤها لان الصلوة صارت دينا في ذمتها فطهرت حكما ولو كان
انقطع الدم دون عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي عادتها وان
اغتسلت لان العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب وان
انقطع الدم لعشرة ايام حل وطؤها قبل الغسل لان الحيض لا مزيد له على العشرة
الا انه لا يستحب للنهي في القراءة بالتشديد **قال** والطهر اذا تخلل بين الدمين
في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي قال رحمه الله هذه احدى الروايات عن ابي حنيفة رح
ووجهه ان استيعاب الدم في مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله واخره
كالنصاب في باب الزكوة وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقيل هو
آخر اقواله ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وكله هو كالدم
المتوالي لانه طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه
يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روي عن ابرهيم النخعي
وانه لا يعرف الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه يمتد الى سنة وسنتين فلا يقدر
بتقدير الا اذا استمر بها الدم ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم الاستحاضة
كالرعاف لا يمنع الصوم والصلوة ولا الوطء لقوله عم توضئي وصلي وان قطر
الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلوة يعرف حكم الصوم والوطء بنتيجة الاجماع
ولو زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها

فاحتيج الى نصب العادة

عادتها والذي زاد استحاضة لقوله عم المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزائد
على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة
فحيضها عشرة ايام من كل شهر والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج
عنه بالشك **فصل** والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي
لا يرقى يتوضؤن لوقت كل صلوة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا
من الفرائض والنوافل وقال الشافعي تتوضأ المستحاضة لكل مكتوبة لقوله عم المستحاضة
تتوضأ لكل صلوة ولان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد
الفراغ منها ولنا قوله عم المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلوة وهو المراد بالاول
لان اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلوة الظهر اي وقتها ولان الوقت
اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا خرج الوقت بطل وضوؤهم
واستأنفوا الوضوء لصلوة اخرى وهذا عند علمائنا الثلثة وقال زفر
استأنفوا اذا دخل الوقت فان توضؤا حين تطلع الشمس اجزأهم حتى يذهب
وقت الظهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر اجزأهم
حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت
بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند ابي يوسف
وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس
لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر
ولابي يوسف ان الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله ولا بعده ولهما انه لا بد من
تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل
زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ
المعذور لصلوة العيد له ان يصلي الظهر به عندهما وهو الصحيح لانه بمنزلة صلوة
الضحى ولو توضأ مرة للظهر في وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلي
العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها
وقت صلوة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناها
وهو من ذكرناه ومن به استطلاق بطن او انفلات ريح لان الضرورة بهذا تتحقق
وهي تعم الكل والله اعلم **فصل في النفاس** والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة
لانه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذي
تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا وقال
الشافعي حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد فم الرحم كذا

النفساء

العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد
فيما روي عن ابي حنيفة ومحمد لانه ينفتح فيتنفس والسقط الذي استبان بعض خلقه
ولد حتى تصير المرأة به نفساء وتصير الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضي به واقل النفاس
لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه في الحيض
واكثره اربعون يوما والزائد استحاضة لحديث ام سلمة ان النبي عم وقت
للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي في اعتبار الستين وان جاوز الدم
الاربعين وقد كانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس ردت الى ايام
عادتها لما بينا في الحيض وان لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه
امكن جعله نفاسا فان ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الولد الاول عند
ابي حنيفة وابي يوسف وان كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد من الولد الاخير
وهو قول زفر لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض
ولهذا تنقضي العدة بالاخير بالاجماع ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على
ما ذكرناه وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة
تتعلق بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع **باب الانجاس وتطهيرها** تطهير
النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى
وثيابك فطهر ولقوله عم حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير
بما ذكرنا في الثوب وجب في البدن والمكان لان الاستعمال في حالة الصلوة
يشمل الكل ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء
الورد ونحوه مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر
والشافعي لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة
الا ان هذا القياس ترك في الماء للضرورة ولهما ان المائع قالع والطهورية
بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجاسة يبقى طاهرا
وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن وهو قول ابي حنيفة واحدى
الروايتين عن ابي يوسف وعنه انه يفرق بينهما فلم يجوز في البدن بغير الماء
قال واذا اصابت الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني
فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد لا يجوز وهو القياس
الا في المني خاصة لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على
ما ذكرنا ولهما قوله عم فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما
طهور ولان الجلد لصلابته لا تتداخله اجزاء النجاسة الا قليلا ثم يجتذبه الجرم

بالاجماع

الحت القشر باليد والقرص باطراف الاصابع

اذا جف واذا ازال ما قام به وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره ولا يطهره وعن ابي يوسف انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى وعليه مشايخنا وان اصابه بول فيبس لم يجزه حتى يغسله وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل ما يتصل به من الرمل جرم له والثوب لا يجزي فيه الا الغسل وان يبس لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل

والمني نجس يجب غسله رطبا فاذا جف على الثوب اجزأ فيه الفرك لقوله عليه السلام لعائشة فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي المني طاهر والحجة عليه ما رويناه وقال عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المني ولو اصاب البدن قال مشايخنا يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن ابي حنيفة انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت المرآة او السيف اكتفي بمسحهما لانه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وان اصابت الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلوة على مكانها وقال زفر والشافعي لا يجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها وانما لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت بالحديث

وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلوة معه وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعي قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا عن موضع الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى في الرقيق والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به

وان كان مخففا كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام وعنه ربع ادنى ثوب تجوز فيه الصلوة كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل والدخريص وعن ابي يوسف شبر في شبر وانما كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته او التعارض النصين على اختلاف

اذا اصاب الثوب

والكم

الاصلين

الاصلين فاذا اصاب الثوب من الروث او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه عند ابي حنيفة لان النص الوارد في نجاسته وهو ما روي انه عليه السلام رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض

وقالا يجزيه حتى يفحش لان للاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم وزفر فرق بينهما فوافق ابا حنيفة في غير المأكول ووافقهما في المأكول وعن محمد انه لما دخل الري ورأى البلوى افتى بان الكثير الفاحش لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين بخارى وعند ذلك رجوعه في الخف يروى

وان اصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يمنع وان فحش لان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند ابي يوسف ولحمه مأكول عندهما واما عند ابي حنيفة فالتخفيف لتعارض الآثار وان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه عند ابي يوسف وقال محمد لا تجوز فقد قيل ان الاختلاف في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الاصح هو يقول لا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي متعذر فتحققت الضرورة ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه

وان اصابه من دم السمك او من لعاب البغل او الحمار اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه اما دم السمك فلانه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا واما لعاب البغل والحمار فلانه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر فان انتضح عليه البول مثل رؤوس الابر فذلك ليس بشيء لانه لا يستطاع الامتناع عنه

قال والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارته زوال عينه لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها الا ان يبقى من اثره ما تشق ازالته لان الحرج موضوع وهذا يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلث لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية

من النفوهره

التخفيف للضرورة د ه

لانه هو المستنجح والله اعلم **فصل في الاستنجاء** الاستنجاء سنة لان النبي عم واظب عليه
ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود
وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي لا بد من الثلث لقوله عم وليستنج بثلثة احجار
ولنا قوله عم من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على الواحد
وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع وغسله
بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام يتبعون
الحجارة الماء ثم هو ادب وقيل هو سنة في زماننا ويستعمل الماء الى ان يقع في غالب ظنه
انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان موسوسا فيقدر بالثلث في حقه وقيل
بالسبع ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز الا الماء وفي بعض النسخ الا المائع وهذا
يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا وهذا لان المسح
غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء
عند ابي حنيفة وابي يوسف لسقوط ذلك الموضع وعند محمد مع موضع الاستنجاء اعتبارا
بسائر المواضع ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عم نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه
لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي
بطعام لانه اضاعة واسراف ولا بيمينه لان النبي عم نهى عن الاستنجاء باليمين
والله اعلم **كتاب الصلوة** باب المواقيت اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني
وهو البياض المعترض في الافق واخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث امامة
جبرئيل عم فانه ام رسول الله صلعم فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم
الثاني حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في اخر الحديث ما بين هذين
الوقتين وقت لك ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي
يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عم لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل
وانما الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيها واول وقت الظهر اذا زالت
الشمس لامامة عم في اليوم الاول حين زالت الشمس واخر وقتها عند ابي حنيفة
اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا اذا صار الظل مثله وهو
رواية عن ابي حنيفة وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء وقت الزوال لهما
امامة جبرئيل في اليوم الاول في هذا الوقت وله قوله عم ابردوا بالظهر فان
شدة الحر من فيح جهنم واشد الحر في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت
الاثار لا ينقضي الوقت بالشك واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على
القولين واخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عم من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب

الشمس

الشمس فقد ادركها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس واخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال
الشافعي مقداره ما يصلي فيه ثلث ركعات لان جبرئيل عم ام في اليومين في
وقت واحد ولنا قوله عم اول وقت المغرب اذا غربت الشمس واخره حين يغيب
الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة
عند ابي حنيفة وقالا هو الحمرة وهو قول الشافعي لقوله عم الشفق هو الحمرة ولقوله عم
واخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر ذكره مالك
في الموطأ وفيه اختلاف الصحابة واول وقت العشاء اذا غاب الشفق واخر وقتها
ما لم يطلع الفجر لقوله عم واخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي
في تقديره بذهاب ثلث الليل واول وقت الوتر بعد العشاء واخره ما لم يطلع الفجر
لقوله عم في الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر قال رحمه الله وعند ابي حنيفة وقته
وقت العشاء الا انه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب **فصل** ويستحب الاسفار بالفجر
لقوله عم اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي يستحب التعجيل في كل صلوة
والحجة عليه ما رويناه وما نرويه **قال** والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء
لما روينا ولرواية انس رض كان النبي عم اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان
في الصيف ابرد بها وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه
من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه
الاعين هو الصحيح والتأخير اليه مكروه ويستحب تعجيل المغرب لان تأخيرها مكروه لما فيه
من التشبه باليهود وقال عم لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء **قال**
وتأخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله عم لولا ان اشق على امتي لاخرت
العشاء الى ثلث الليل ولان فيه قطع السمر المنهي بعده وقيل في الصيف تعجل
كيلا تتقلل الجماعة والتأخير الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل
الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة فتثبت الاباحة والتأخير الى النصف
الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله ويستحب في الوتر لمن
يألف صلوة الليل ان يؤخر الوتر الى اخر الليل وان لم يثق بالانتباه اوتر قبل
النوم لقوله عم من خاف ان لا يقوم اخر الليل فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم
اخر الليل فليوتر اخر الليل واذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب
تأخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلها لان في تأخير العشاء تقليل الجماعة على
اعتبار المطر وفي تأخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر

لان تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة التأخير في الكل للاحتياط الا يرى انه يجوز الاداء بعد
الوقت لا قبله **فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلوة** ولا تجوز الصلوة عند طلوع
الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة رض قال ثلث اوقات
نهانا رسول الله صلعم ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع
وعند زوالها حتى تزول وحين تتضيف للغروب حتى تغرب المراد بقوله عم وان نقبر صلوة
الجنازة لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض مطلقا
وبمكة في حق النوافل وحجة على ابي يوسف في اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال
ولا صلوة جنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة لانها في معنى الصلوة الا عصر يومه
عند الغروب لان السبب هو الجزء القائم من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب
الاداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدي في اخر الوقت قاض واذا كان
كذلك فقد اداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا
تتادى بالناقص **قال** والمراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة
حتى لو صلاها فيه او تلا سجدة فيه فسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما وجبت اذ
الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد
العصر حتى تغرب الشمس لما روي انه عم نهى عن ذلك ولا بأس ان يصلي في هذين
الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت
لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم تظهر في
حق الفرائض وفيما وجب بعينه كسجدة التلاوة وظهر في حق المنذور لانه تعلق
وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده
لان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدي ويكره ان يتنفل بعد
طلوع الفجر باكثر من ركعتي الفجر لان النبي عم لم يزد عليهما مع حرصه على الصلوة
ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تأخير المغرب ولا اذا خرج الامام
للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة

باب الاذان

الاذان سنة للصلوات الخمس والجمعة للنقل المتواتر وصفة
الاذان معروفة وهو كما اذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو
ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما وقال الشافعي فيه
ذلك لحديث ابي محذورة ان النبي عم امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في
المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا ويزيد في اذان الفجر بعد الفلاح
الصلوة خير من النوم مرتين لان بلالا رض قال الصلوة خير من النوم مرتين

حين وجد النبي عم راقدا فقال عم ما احسن هذا اجعله في اذانك وخص الفجر به لانه
وقت نوم وغفلة والاقامة مثل الاذان الا انه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت
الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعي
في قوله انها فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلوة ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة
لقوله عم لبلال اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب ويستقبل
بهما القبلة لان النازل من السماء اذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال
جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفة السنة ويحول وجهه للصلوة والفلاح يمنة
ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم به وان استدار في صومعته فحسن مراده اذا لم
يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بان
كانت الصومعة متسعة فاما من غير حاجة فلا والافضل للمؤذن ان يجعل
اصبعيه في اذنيه بذلك امر النبي عم بلالا ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن
لانها ليست بسنة اصلية والتثويب في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح
مرتين بين الاذان والاقامة حسن وكره في سائر الصلوات ومعناه العود
الى الاعلام بعد الاعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا التثويب احدثه علماء الكوفة
بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتأخرون استحسنوه في الصلوات
كلها لظهور التواني في الامور الدينية قال ابو يوسف لا ارى بأسا بان يقول
المؤذن للامير في الصلوات كلها السلام عليك ايها الامير ورحمة الله وبركاته حي
على الصلوة حي على الفلاح يرحمك الله واستبعده محمد لان الناس سواسية في
امر الجماعة وابو يوسف خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين كيلا تفوتهم
الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب
وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجلس في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل
اذ الوصل مكروه ولا يقع الفصل بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بالجلسة
كما بين الخطبتين ولابي حنيفة ان التأخير مكروه فيكتفى بادنى الفصل احترازا عنه والمكان
في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال
الشافعي يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات والفرق قد ذكرناه قال يعقوب
رأيت ابا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد ما قلنا وان المستحب كون
المؤذن عالما بالسنة لقوله عم ويؤذن لكم خياركم ويؤذن للفائتة ويقيم لانه عم
قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة
وان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن

والاقامة ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار

وهم حضور **قال** وعن محمد انه يقام لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا **وينبغي**

ان يؤذن ويقيم على طهر فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة فكان الوضوء

فيه استحبابا كما في القراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة

والصلوة ويروى انه لا تكره الاقامة ايضا لانها احد الاذانين ويروى انه يكره الاذان

ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه **ويكره ان يؤذن وهو جنب** رواية

واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين ان للاذان شبها بالصلوة

فيشترط الطهارة عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير

اذا اذن على غير وضوء واقام لا يعيد والجنب احب الي ان يعيد وان لم يعد اجزأه اما

الاول فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه

ان يعاد الاذان ولا تعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة

وقوله وان لم يعد اجزأه يعني الصلوة لانها جائزة بدون الاذان والاقامة

قال وكذلك المرأة تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على وجه السنة ولا

يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام

وقبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي يجوز للفجر في النصف الاخير

من الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه السلام لبلال لا تؤذن حتى يستبين

لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا **والمسافر يؤذن ويقيم** لقوله عليه السلام لابني ابي مليكة اذا سافرتما

فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان

لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه

محتاجون **فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة** ليكون الاداء على

هيئة الجماعة وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

تجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث

والانجاس على ما قدمنا قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم

جنبا فاطهروا **ويستر عورته** لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري

عورتكم عند كل صلوة وقال عليه السلام لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة **وعورة**

الرجل ما تحت السرة الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما تحت سرته الى ركبته

ويروى ما بين سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا يتبين ان السرة ليست من العورة

خلافا لما يقوله الشافعي والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة

مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة **وبدن الحرة كلها عورة الا وجهها**

وكفيها لقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما قال

وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح **فان صلت**

وثلث ساقها او ربعها مكشوف تعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد وان كان اقل من الربع

لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل من النصف لان الشيء انما يوصف

بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان

فاعتبر الخروج عن حد القلة او عدم الدخول في ضده ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال

في مسح الراس والحلق في الاحرام ومن رأى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير الا احد

جوانبه الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف لان كل عضو

على حدة والمراد به النازل من الراس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان

الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان

وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها

وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار

يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة

فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج **قال** ومن لم يجد ما يزيل به

النجاسة صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا

يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجزيه لان ربع الشيء يقوم مقام كله وان كان الطاهر

اقل من الربع فكذلك عند محمد وهو احد قولي الشافعي لان في الصلوة فيه ترك

فرض واحد وفي الصلوة عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف يتخير بين

ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع جواز

الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلوة

وترك الشيء الى خلف لا يكون تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة

واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود

هكذا فعله اصحاب رسول الله صلعم فان صلى قائما اجزأه لان في القعود ستر العورة

الغليظة وفي القيام اداء بعض الاركان فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل

لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء

خلف عن الاركان **قال** وينوي للصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل

بينها وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عليه السلام الاعمال بالنيات ولان ابتداء

الصلوة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية

والمتقدم على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق

بالصلوة ولا معتبر بالمتأخرة منها عنه لان ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية وفي
الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة
يصلي اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت
الصلوة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا ان كانت سنة في الصحيح وان كانت
فرضا لا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا
بغيره ينوي الصلوة ومتابعته لانه يلزمه فساد الصلوة من جهته فلا بد من
التزامه ويستقبل القبلة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه
اصابة عينها ومن كان غائبا ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف
بحسب الوسع ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه
حالة الاشتباه فان اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها
اجتهد وصلى لان الصحابة تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله صلعم ولان العمل
بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق التحري فان
علم انه اخطأ بعد ما صلى لا يعيدها وقال الشافعي يعيدها اذا استدبر لتيقنه
بالخطأ ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد
بالوسع وان علم ذلك في الصلوة استدار الى القبلة لان اهل قباء لما سمعوا
بتحول القبلة استداروا كهيئتهم فاستحسنه النبي عم واذا تحول رأيه الى جهة اخرى
توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى قبله
ومن ام قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه
فصلى كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزأهم لوجود
التوجه الى جهة التحري وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم
بحال امامه تفسد صلوته لانه اعتقد ان امامه على الخطأ وكذا لو كان متقدما عليه
لتركه فرض المقام والله اعلم

باب صفة الصلوة

فرائض الصلوة ستة
التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى
وقوموا لله قانتين والقراءة لقوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن والركوع
والسجود لقوله تعالى واركعوا واسجدوا والقعدة في اخر الصلوة مقدار التشهد
لقوله عم لابن مسعود حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت
صلوتك علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ قال وما سوى ذلك فهو سنة
اطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة اليها ومراعاة
الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة الاولى وقراءة التشهد

الاخيرة

في الاخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت
فيه ولهذا تجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لما انه
ثبت وجوبها بالسنة قال واذا شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال عم تحريمها التكبير
وهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع
هو يقول يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان وهذا اية الركنية ولنا انه عطف
الصلوة عليه في النص ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرر الاركان ومراعاة
الشرائط لما يتصل به من القيام ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة لان النبي عم
واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروي عن ابي يوسف
والمحكي عن الطحاوي والاصح انه يرفع اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غير الله
والنفي مقدم ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وعند الشافعي يرفع الى
المنكبين وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابي حميد قال كان
النبي عم اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل بن حجر والبراء وانس
ان النبي عم كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم وهو
بما قلناه وما رواه يحمل على حالة العذر والمرأة ترفع حذاء منكبيها هو الصحيح لانه
استر لها فان قال بدلا من التكبير الله اجل او الله اعظم او الرحمن اكبر او لا
اله الا الله او غيره من اسماء الله تعالى اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ان كان
يحسن التكبير لم يجزه الا الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير وقال الشافعي لا يجوز الا
بالاولين وقال مالك لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف
والشافعي يقول ادخال الالف واللام ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو يوسف
يقول ان افعل وفعيلا في صفات الله سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر
الا على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة وهو حاصل فان افتتح الصلوة
بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية
اجزأه عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة وان لم يحسن العربية اجزأه اما
الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة في العربية ومع ابي يوسف في الفارسية
لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه
قولهما ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفى
بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة قوله تعالى
وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير
مسيئا لمخالفة السنة المتوارثة ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية

او الله كبير

هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد لا الاخلاف
فانه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة الى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة
والتشهد على هذا الخلاف وفي الاذان يعتبر التعارف وان افتتح الصلوة باللهم
اغفرلي لم يجز لانه مشوب بحاجة فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد قيل
يجزيه لان معناه يا الله وقيل لا يجوز لان معناه يا الله امنا بخير فكان سؤالا
قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى ويضعهما تحت السرة لقوله عم ان من السنة وضع
اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي
في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وهو المقصود
ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف حتى لا يرسل حالة الثناء
والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا وهو الصحيح فيعتمد في
حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة من الركوع وبين تكبيرات
الاعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الخ وعن ابي يوسف يضم اليه قوله
وجهت وجهي الخ ولا يزيد على هذا وما رواه محمول على التهجد وقوله وجل
ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض والاولى ان لا يأتي بالتوجه
قبل التكبير لتتصل النية به وهو الصحيح ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم لقوله
تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله الآية معناه واذا اردت قرأة القرآن
والاولى ان يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم
التعوذ تبع القراة دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد لما تلونا حتى يأتي به المسبوق
دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل
في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود رضه اربع يخفيهن الامام وذكر منها
التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراة لما روي
ان النبي عم جهر في صلوته بالتسمية قلنا هذا محمول على التعليم لان انسا
اخبر انه كان لا يجهر بها ثم عن ابي حنيفة انه لا يأتي بها في اول كل ركعة كالتعوذ
وعنه انه يأتي بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة والفاتحة الا
عند محمد فانه يأتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة او ثلث
ايات من اي سورة شاء فقراة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة
اليها خلافا للشافعي في الفاتحة ولمالك فيهما له قوله عم لا صلوة الا بفاتحة
الكتاب وسورة معها وللشافعي قوله عم لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى
فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا

[illegible] روى عن علي رضه ان النبي صم كان يقول اذا افتتح الصلوة [illegible] سبحانك اللهم وبحمدك [illegible] وتبارك اسمك [illegible]

بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله عم اذا امن
الامام فامنوا ولا متمسك لمالك في قوله عم واذا قال الامام ولا الضالين فقولوا
آمين من حيث القسمة لانه قال في آخره فان الامام يقولها وقال ويخفونها لما
روينا من حديث ابن مسعود ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه
وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط لان
النبي عم كان يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان المد في اوله خطأ من
حيث الدين لكونه استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه
ويفرج بين اصابعه لقوله عم لانس رضه اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج
بين اصابعك ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة ليكون امكن من الاخذ ولا الى
الضم الا في حالة السجود وفيما عدا ذلك يترك على العادة ويبسط ظهره لان النبي عم
كان اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكسه لان النبي عم كان اذا ركع لا
يصوب رأسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه لقوله عم
اذا ركع احدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه اي ادنى
كمال الجمع ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد
ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة عن النبي عم
كان يجمع بين الذكرين ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عم اذا قال الامام
سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد هذه قسمة وانها تنافي الشركة لهذا ولا يأتي
المؤتم بالتسميع خلافا للشافعي ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضع
الامامة والذي رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وان
كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلالة عليه آت به معنى
قال ثم اذا استوى قائما كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا واما الاستواء
قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه يفترض ذلك وهو قول الشافعي لقوله عم
ثم فصل فانك لم تصل قاله لاعرابي لما اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو
الانحناء والسجود هو الانخفاض لغة فتتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في
الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روي تسميته اياه صلوة حيث قال وما
نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك ثم القومة والجلسة سنة
عندهما وكذا الطمانينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى تجب سجدتا
السهو بتركها عنده يعني عند الكرخي ويعتمد بيديه على الارض لان وائل بن حجر

وصف صلوة رسول الله صلعم فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته ووضع وجهه بين
كفيه ويديه حذاء اذنيه لما روي انه عم فعل كذلك وسجد على انفه وجبهته لان النبي عم
واظب عليه فان اقتصر على احدهما جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف
الا من عذر وهو رواية عنه لقوله عم امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها
الجبهة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المامور به الا ان الخد
والذقن خارج والمذكور فيما روي الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة
عندنا لتحقق السجود دونهما واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة
في السجود فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه اجزاه لان النبي عم كان يسجد
على كور عمامته ويروى انه عم صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض و
بردها ويبدي ضبعيه لقوله عم وابد ضبعيك ويروى وابدِ من الابداد وهو المد
والاول من الابداء وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لانه عم كان اذا سجد
جافى بطنه حتى ان بهمة لو ارادت ان تمر بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف
لا يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله عم اذا سجد
المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في
سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه لقوله عم اذا سجد احدكم فليقل
في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان
يزيد على الثلث في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر لانه عم كان يختم بالوتر واذا
كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات الركوع
والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحهما فلا يزاد على النص والمراة
تنخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها ثم يرفع راسه
ويكبر لما روينا فاذا اطمان جالسا كبر وسجد لقوله عم في حديث الاعرابي
ثم ارفع راسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد اخرى اجزاه
عند ابي حنيفة ومحمد وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والاصح انه اذا كان الى السجود
اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى حال الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا
فيتحقق الثانية فاذا اطمان ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قائما على صدور قدميه
ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض
معتمدا على الارض لما روي انه عم فعل ذلك ولنا حديث ابي هريرة ان النبي عم كان ينهض
في الصلوة على صدور قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة
استراحة والصلوة ما وضعت لها ويفعل في الثانية ما يفعل في الركعة الاولى لانه

تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة واحدة ولا يرفع يديه
الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي في الركوع والرفع منه لقوله عم لا ترفع
الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين
وذكر الاربع في الحج والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن
الزبير واذا رفع راسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى
وجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعها نحو القبلة هكذا وصفت
عائشة قعود رسول الله صلعم في الصلوة ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه
وتشهد يروى ذلك في حديث وائل بن حجر ولان فيه توجيه اصابع يديه الى
القبلة فان كانت امراة جلست في التشهد على اليتها اليسرى واخرجت
رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات
السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته الى اخره وهذا تشهد عبد الله بن مسعود
فانه قال اخذ بيدي رسول الله صلعم وعلمني التشهد كما كان يعلمني السورة من القرآن
وقال قل التحيات لله الخ والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس وهو قوله
التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته
سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين الى اخره لان فيه الامر واقله الاستحباب
والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما
في القسم وتاكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى لقول ابن مسعود علمني رسول
الله صلعم التشهد في وسط الصلوة وآخرها فاذا كان في وسط الصلوة نهض
اذا فرغ من التشهد واذا كان آخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء ويقرا في
الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة ان النبي عم قرا في
الاخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان القراءة فرض في
الركعتين على ما ياتيك بعد ان شاء الله وجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى
لما روينا من حديث وائل بن حجر وعائشة رض ولانه اشق على البدن فالتورك
الذي يميل اليه مالك والذي يروى انه عم قعد متوركا ضعفه الطحاوي او يحمل
على حالة الكبر وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي عم وهو ليس بفرض
عندنا خلافا للشافعي فيهما لقوله عم اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت
صلوتك ان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد والصلوة
على النبي عم كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر والفرض المروي في التشهد
هو التقدير ودعا بما شاء مما يشبه الفاظ القرآن والادعية الماثورة لما روينا

من حديث ابن مسعود قال له النبي عم ثم اختر من الدعوات اطيبها اعجبها اليك ويبدا بالصلوة
على النبي عم ليكون اقرب الى الاجابة ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن
الفساد ولهذا ياتي بالمأثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني
فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني
من قبيل الاول هو الصحيح لاستعماله فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش
ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى
ابن مسعود ان النبي عم كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره
حتى يرى بياض خده الايسر وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه من الرجال والنساء
والحفظة وكذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا
ولا من لا شركة له في صلوته هو الصحيح لان الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي
من نية امامه فان كان الامام في الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه
نواه في الاولى عند ابي يوسف ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة
نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم
والامام ينوي بالتسليمتين وهو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان
الاخبار في عددهم قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبياء ثم اصابة لفظة السلام
واجبة عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي هو يتمسك بقوله عم تحريمها التكبير
وتحليلها التسليم ولنا ما رويناه من حديث ابن مسعود والتخيير ينافي الفرضية والوجوب
الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا وبمثله لا يثبت الفرضية

[illegible]

فصل في القراءة قال ويجهر بالقراءة في الفجر والركعتين الاوليين من المغرب والعشاء
ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو المأثور وان كان منفردا فهو مخير ان شاء
جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل
هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان
بعرفة لقوله عم صلوة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف
مالك والحجة عليه ما رويناه ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر
وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا
لانه مكمل له فيكون تبعا ومن فاتته صلوة العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس
ان ام فيها جهر كما فعل عم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وان كان وحده
خافت حتما ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما او بالوقت في حق
المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة

ولم يقرأ

ولم يقرأ فاتحة الكتاب لم يقض في الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في
الاخريين الفاتحة والسورة وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقضي
واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل ولهما وهو الفرق
بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها
في الاخريين يترتب الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك
السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب
وفي الاصل بلفظة الاستحباب لانها ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة
فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر
والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان
يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره وهذا عند الهندواني لان مجرد حركة اللسان
لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال الكرخي ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة
تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة
الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء
وغير ذلك وادنى ما يجزي من القراءة في الصلوة آية عند ابي حنيفة وقالا ثلث آيات
قصار او آية طويلة لانه لا يسمى قارئا بدونه فاشبه قراءة ما دون الآية وله قوله تعالى
فاقرؤا ما تيسر من القرآن من غير فصل الا ان ما دون الآية خارج والآية ليست
في معناه وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب واي سورة شاء لما روي ان النبي عم
قرأ في صلوة الفجر في سفره بالمعوذتين ولان السفر اثر في اسقاط شطر الصلوة
فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وهذا اذا كان على عجلة من السير وان كان على امنة
وقرار يقرأ في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف
ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين آية او خمسين آية سوى فاتحة
الكتاب ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر
ووجه التوفيق انه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى اربعين وبالاوساط ما بين
خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشتغال وقلتها
قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال في الاصل او دونه
لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر والعشاء سواء يقرأ
فيهما باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل والاصل فيه كتاب عمر الى
ابي موسى الاشعري ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العشاء باوساط
المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة فالتخفيف اليق بها

والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير وقد يقعان بالتطويل في وقت غير محبب
فيوقت فيهما بالاوساط ويطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية اعانة للناس
على ادراك الجماعة قال وركعتا الظهر سواء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد احب الي ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها ولهما
ان الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف
الفجر لانه وقت النوم والغفلة والحديث محمول على الاطالة من حيث الثناء
والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث ايات لعدم امكان
الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء من الصلوة قراءة سورة بعينها لا يجوز
غيرها لاطلاق ما تلوناه ويكره ان يوقت بشيء من القرآن لشيء من الصلوات لما فيه
من هجر الباقي وايهام التفضيل ولا يقرأ المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي في
الفاتحة له ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عم من كان له امام
فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي
الانصات والاستماع قال عم فاذا قرأ فانصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط
فيما يروى عن محمد ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع وينصت وان
قرأ الامام آية الترغيب والترهيب لان الاستماع فرض بالنص والقراءة
وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك الخطبة وكذلك ان صلى عم
لفرضية الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله تع يا ايها الذين امنوا صلوا عليه
وسلموا تسليما فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط هو
السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله عم
الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة
اعلمهم بالسنة وعن ابي يوسف اقرأهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى العلم
اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر
الاركان فان تساووا فاقرأهم لقوله عم يؤم القوم اقرأهم لكتاب الله فان
تساووا فاعلمهم بالسنة واقرأهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه فقدم
في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم
لقوله عم من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي فان تساووا فاسنهم
لقوله عم وليؤمكما اكبركما سنا ولان في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد لانه
لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه
والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه فيغلب عليه

كانوا

الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله عم صلوا خلف
كل بر وفاجر ولا يطول الامام بهم الصلوة لقوله عم من ام قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم
فان فيهم المريض والصغير والكبير وذا الحاجة ويكره للنساء ان يصلين وحدهن جماعة
لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة
وان فعلن وقفت الامام وسطهن لان عائشة رض فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة
على ابتداء الاسلام ولان التقديم زيادة الكشف ومن صلى مع واحد اقامه عن
يمينه لحديث ابن عباس رض فانه عم صلى به واقامه عن يمينه ولا يتأخر عن امامه وعن محمد انه
يضع اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر وان صلى خلفه او عن يساره جاز
وهو مسيء لانه خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف يتوسطهما و
نقل ذلك عن عبد الله بن مسعود ولنا انه عم تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما
وهذا للافضلية والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامرأة او صبي
اما المرأة فلقوله عم اخروهن من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها واما الصبي فلانه
متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ
بلخ والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث
لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف
المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان
الصلوة متحدة ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عم ليليني منكم
اولوا الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن وان حاذته امرأة وهما
مشتركان في صلوة واحدة فسدت صلوته ان نوى الامام امامتها والقياس
ان لا تفسد وهو قول الشافعي اعتبارا بصلوتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان
ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض
المقام فتفسد صلوته دون صلوتها كالمأموم اذا تقدم على الامام وان لم
ينو امامتها لم تضره ولا تجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت دونها
عندنا خلافا لزفر الا ترى انه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء
وانما تشترط نية الامامة اذا ائتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه
روايتان والفرق على احديهما ان الفساد في الاول لازم وفي الثاني محتمل ومن
شرائط المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة وان تكون مطلقة وان تكون المرأة
من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حائل لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف
القياس فيراعى جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه

من خوف الفتنة ولا بأس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء عند ابي حنيفة
وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيدين
وله ان فرط الشبق حامل فتقع الفتنة غير ان الفساق انتشارهم في
الظهر والعصر والجمعة واما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام
مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره ولا يصلي
الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف المستحاضة لان
الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى
تضمن صلوته صلوة المقتدي ولا يصلي القارئ خلف الامي ولا المكتسي خلف
العريان لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انه
طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح الغاسلين لان
الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة
لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي القائم خلف القاعد وقال
محمد لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم ونحن تركناه بالنص وهو ما روي
انه عم صلى اخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلي المومي خلف مثله
لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان القعود
معتبر فيثبت به القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لان حال
المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لان
الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء على
المعدوم ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا اخر لان الاقتداء شركة
وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي يصح في جميع ذلك لان الاقتداء
عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى ويصلي المتنفل
خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة وهو موجود في حق الامام
فيتحقق البناء ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد لقوله عم من ام
قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا وفيه خلاف الشافعي
بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد واذا صلى
امي بقوم يقرؤن وبقوم اميين فصلوتهم فاسدة عند ابي حنيفة وقالا صلوة الامام
ومن لا يقرأ تامة لانه معذور ام معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري
عراة ولابسين وله ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها ففسد صلوته

وهذا

وهذا لانه لو اقتدى بالقارئ تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان
الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان الامي يصلي وحده
والقارئ وحده جاز هو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة فان قرأ الامام
في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميا فسدت صلوتهم وقال زفر لا تفسد
لتأدي فرض القراءة ولنا ان كل ركعة صلوة فلا تخلو عن القراءة اما تحقيقا
او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية وكذا على هذا لو قدمه في
التشهد

باب الحدث في الصلوة

ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف فان
كان اماما استخلف وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي لان الحدث
ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عم من قاء
او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم وقال عم
اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء
والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمد فلا يلحق به والاستيناف افضل تحرزا عن
شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة لفضيلة
الجماعة والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى
مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حائل ومن ظن انه احدث
فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل وان لم يكن خرج من المسجد صلى ما بقي
عليه والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد لوجود الانصراف من غير
عذر ووجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى
على صلوته فالحق قصد الاصلاح [illegible] بالخروج وان كان استخلف
فسدت لانه عمل كثير من غير عذر [illegible] لانه افتتح على غير وضوء فانصرف
[illegible] وان لم يخرج لانه انصرف على سبيل الرفض الا ترى انه لو تحقق
[illegible] المسجد ولو تقدم
[illegible]

[illegible]

[illegible]
[illegible]

الحدث بعد التشهد توضأ وسلم لان التسليم واجب فلا بد من التوضي ليأتي به وان تعمد
الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل عملا ينافي الصلوة تمت صلوته لانه تعذر البناء
لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان فان رأى المتيمم
الماء في صلوته بطلت صلوته وقد مر من قبل فان رآه بعد ما قعد قدر التشهد او
كان ماسحا على الخفين فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان اميا
فتعلم سورة او عريانا فوجد ثوبا او موميا فقدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة
عليه قبل هذه او احدث الامام القارئ فاستخلف اميا او طلعت الشمس في الفجر
او دخل وقت العصر في الجمعة او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان صاحب
عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت صلوته في قول ابي حنيفة وقيل
الاصل فيه ان الخروج من الصلوة بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفة وليس بفرض عندهما
فاعتراض هذه عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها
بعد التسليم لهما ما روينا من حديث ابن مسعود وله انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى
الا بالخروج من هذه الصلوة وما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى قوله
تمت الصلوة قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق القارئ
وانما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحية الامامة ومن اقتدى بامام
بعد ما صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه اجزأه لوجود المشاركة في التحريمة والاولى
للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر على اتمام الصلوة وينبغي لهذا المسبوق
ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم يبتدئ من حيث انتهى اليه الامام لقيامه
مقامه واذا انتهى الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة
الامام قهقه او احدث متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلوة
القوم تامة لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد تمام اركانها
والامام الاول ان كان فرغ لا تفسد صلوته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح وان
لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت
صلوة الذي لم يدرك اول صلوته عند ابي حنيفة وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج
من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام
جوازا وفسادا ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوته فصار كالسلام
والكلام وله ان القهقهة مفسدة للجزء الذي تلاقيه من صلوة الامام
فيفسد مثله من صلوة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق
يحتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في

معناه

معناه وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلوة ومن احدث في ركوعه
او سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع
الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع
لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو تذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط
من ركوعه او رفع رأسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولى
لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزأه لان الانتقال حصل مع
الطهارة وان لم يعد اجزأه لان الترتيب ليس بشرط في افعال الصلوة فيما
شرع مكررا وعن ابي يوسف انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده ومن
ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالمأموم امام نوى او لم ينو لما فيه
من صيانة الصلوة وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم ويتم الاول صلوته
مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبي او امرأة قيل
تفسد صلوته لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد منه
الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلوته عامدا او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعي في الخطأ
والنسيان للحديث المعروف رفع عن امتي الخطأ والنسيان ولنا قوله عم ان صلوتنا
هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن و
ما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا
حالة النسيان وكلاما حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب فان تأوه او ان فيها
او بكى فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على
زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار الجزع والتأسف
فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف ان قوله آه لم يفسد في الحالين وقوله
اوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان
او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد والحروف الزوائد جمعوها في قوله اليوم
تنساه [illegible] لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف
الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر
بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به الحروف ينبغي ان تفسد عندهما وان كان بعذر
فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف ومن عطس فقال له آخر
يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من
كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا

وان استفتح ففتح عليه رجل في صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم
وتعلم فكان من كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى
القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير لان الكلام نفسه قاطع وان قل وان فتح
على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال صلوته
معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لان الفتح مرخص فيه وقراءته ممنوع
عنه ولو كان الامام انتقل الى اية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو
اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام
ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى اية اخرى ولو اجاب رجلا في الصلوة
بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يكون مفسدا
وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه له انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما
انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع
على الخلاف في الصحيح وان اراد اعلامه انه في الصلوة لم تفسد صلوته
بالاجماع لقوله ع اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح ومن صلى ركعة
من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره
فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى ركعة منها فهي هي ويجتزئ بتلك
الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو عليه فلغت النية وبقي المنوي على
حاله واذا قرأ الامام من المصحف فسدت صلوته عند ابي حنيفة وقالا هي تامة
لانها عبادة انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب
ولابي حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن
من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول
وعلى الاول يفترقان ولو نظر الى المكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلوته
بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند
محمد لان المقصود هناك الفهم اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير وان مرت
امرأة بين يدي المصلي لم تقطع الصلوة لقوله ع لا يقطع الصلوة مرور شيء
الا ان المار آثم لقوله ع لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف
اربعين وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما
حائل وتحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان وينبغي لمن
يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة لقوله ع اذا صلى احدكم في الصحراء
فليجعل بين يديه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا لقوله ع ايعجز احدكم اذا صلى

في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع
لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب من السترة
لقوله ع من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على حاجبه الايمن او على
الايسر به ورد الاثر وسترة الامام سترة للقوم لانه ع صلى ببطحاء مكة
الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود
لا يحصل به ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله ع
فادرؤا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة كما فعل رسول الله صلعم بولدي ام سلمة
او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية

فصل

ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله ع ان الله تعالى كره لكم ثلثا
وذكر منها العبث في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك
في الصلوة ولا يقلب الحصا لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه السجود فيسويه مرة
واحدة لقوله ع لابي ذر يا ابا ذر مرة او ذر ولان فيه اصلاح صلوته ولا يفرقع
اصابعه لقوله ع لا تفرقع اصابعك وانت تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على
الخاصرة لانه ع نهى عن الاختصار في الصلوة ولان فيه ترك الوضع المسنون ولا
يلتفت لقوله ع لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر بموخر عينيه يمنة
او يسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه ع كان يلاحظ اصحابه في صلوته
بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول ابي ذر نهاني خليلي عن ثلث
ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء
ان يضع اليته على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح ولا يرد السلام
بلسانه لانه كلام ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلوته
ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره
على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد فقد روي انه ع نهى ان يصلي الرجل وهو
معقوص ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه لانه ع نهى عن السدل وهو
ان يضع ثوبه على رأسه وكتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه ولا يأكل ولا يشرب لانه
ليس من اعمال الصلوة فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته لانه عمل
كثير وحالة الصلوة مذكرة ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في
الطاق ويكره ان يقوم في الطاق لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث
تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره ان يكون
الامام وحده على الدكان لما قلنا وكذا على القلب في ظاهر الرواية لانه ازدراء

بالامام ولا بأس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رضي الله عنهما كان يستتر
بنافع في بعض اسفاره ولا بأس بان يصلي وبين يديه مصحف معلق او سيف
معلق لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة ولا بأس بان يصلي على بساط
فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصورة ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه
عبادة الصورة واطلق الكراهة في الاصل لان المصلى معظم ويكره ان تكون
فوق رأسه في السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث
جبرئيل عم انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت صغيرة بحيث لا تبدو
للناظر لا يكره لان الصغار لا تعبد جدا وان كان التمثال مقطوع الرأس اي
ممحو الرأس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الرأس فصار كما اذا صلى الى شمع او سراج
على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او بساط مفروش لا يكره
لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة او كانت على السترة لانه
تعظيم لها واشدها كراهة ان يكون امام المصلي ثم من فوق رأسه ثم على يمينه ثم
على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوة
جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد لدفع الاداء على وجه غير مكروه وهو
الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد
ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلوة لقوله عم اقتلوا الاسودين ولو كنتم
في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار ويستوي جميع انواع الحيات
هو الصحيح لاطلاق ما روينا ويكره عد الآي والتسبيحات في الصلوة باليد وكذا
عد السور لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد انه لا بأس
بذلك في الفرائض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة قلنا
يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعد ذلك **فصل** ويكره
استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لانه عم نهى عن ذلك والاستدبار يكره في
رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير مواز
للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها وما
ينحط منه ينحط اليها ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان سطح
المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف
بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا بأس بالبول فوق بيت فيه
مسجد والمراد ما أعد للصلوة في البيت لانه لم يأخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه
ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة وقيل لا بأس اذا خيف

بلغ

على متاع

على متاع المسجد في غير اوان الصلوة ولا بأس بان ينقش المسجد بالجص والساج
وماء الذهب وقوله لا بأس يشير الى انه لا يؤجر عليه لكنه لا يأثم به وقيل هو
قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى
احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن

باب صلوة الوتر

الوتر واجب عند ابي حنيفة وقالا سنة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا
يؤذن له ولابي حنيفة قوله عم ان الله تعالى زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها
ما بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء بالاجماع
وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعنى بما روي عنه انه سنة
وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفي باذانه واقامته **قال** الوتر ثلث ركعات
لا يفصل بينهن بسلام لما روت عائشة رضي الله عنها انه عم كان يوتر بثلاث وحكى الحسن البصري
اجماع المسلمين على الثلث وهذا احد اقوال الشافعي وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول
مالك والحجة عليهما ما رويناه ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي
بعده لما روي انه عم قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روي انه عم
قنت قبل الركوع وما زاد على نصف الشيء آخره ويقنت في جميع السنة
خلافا للشافعي في غير النصف الاخير من شهر رمضان لقوله عم للحسن حين علمه
دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل ويقرأ في كل ركعة من الوتر
فاتحة الكتاب وسورة لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن واذا اراد ان
يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عم لا ترفع الا
يدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا
للشافعي في الفجر لما روى ابن مسعود انه عم قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه فان
قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد ولا يتابعه وقال
ابو يوسف يتبعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة
فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان
الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية
وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد
صلوته كالفصد وغيره لا يصح الاقتداء به والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء

باب النوافل

السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر وبعدها ركعتان واربع قبل
العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع قبل العشاء واربع
بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله عم من ثابر على ثنتي عشرة ركعة

في السوم والليلة بني الله له بيتا في الجنة وفسره بعض المشايخ بنحو ما ذكرناه في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر ولهذا سماه في الاصل حسنا وخير الاختلاف الاثار والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع فلهذا اخيره الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا قاله النبي عليه السلام وفيه خلاف الشافعي رحمه الله

قال ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة ركعتين وان شاء اربعا وتكره الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة ان صلى ثماني ركعات بتسليمة واحدة جاز وتكره الزيادة وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة واحدة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل ودليل الكراهة انه عليه السلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل في الليل عند ابي يوسف ومحمد مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وقال الشافعي فيهما مثنى مثنى وعند ابي حنيفة اربع اربع للشافعي قوله عليه السلام صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة انه عليه السلام كان يصلي بعد العشاء اربعا رواه عائشة وكان عليه السلام يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة واحدة لا يخرج عن العهدة بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا

فصل القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها لقوله عليه السلام لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك في ثلث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبناه في الثانية استدلالا بالاولى لانهما تتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان فتفارقانها في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا تلحقان بهما والصلوة فيما روى مذكورة صريحا فتنصرف الى الكاملة وهي الركعتان عرفا كمن حلف لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء سكت وان شاء قرأ وان شاء سبح كذا روي عن ابي حنيفة وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم الا ان الافضل ان يقرأ لانه عليه السلام داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا الركعتان في المشهور عن اصحابنا ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط

قال ومن شرع في صلوة نافلة ثم افسدها قضاها خلافا للشافعي رحمه الله لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزمه الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان

وان صلى اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة فيكون ملزما هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به وصحة الشفع الاول لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا لانه بمنزلة صلوة واحدة

وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد ركعتين عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقضي اربعا وهذه المسئلة على ثمانية اوجه والاصل فيها ان عند محمد ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال وعند ابي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة ركن زائد الا يرى ان للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه فلا تبطل التحريمة وعند ابي حنيفة ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلوة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا اذا ثبت هذا فنقول اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع في الشفع الثاني وبقيت عند ابي يوسف فيصح الشروع في الثاني ثم فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع عنده ولو قرأ في الاوليين لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع لان عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف ان صح فقد اداها ولو قرأ في الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين بالاجماع ولو قرأ في الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين بالاجماع ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعلى قول ابي يوسف عليه قضاء الاربع وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان التحريمة باقية وعند محمد قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت عنده وانكر ابو يوسف

اربعا

هذه الرواية عنه ولو اقرأ في احدى الاوليين لا غير قضى اربعا عندهما وعند محمد ركعتين ولو قرأ
في احدى الاخريين لا غير قضى اربعا عند ابي يوسف وعندهما ركعتين قال وتفسير قوله عم
لا يصلي بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية
القراءة في ركعات النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عم
صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم ولان الصلوة خير موضوع فربما يشق
عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود والمختار انه يقعد
كما يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعا في الصلوة وان افتتحها قائما ثم قعد فيه
من غير عذر جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وعندهما لا يجوز وهو القياس لان الشروع
معتبر بالنذر وله انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صحة بدونه بخلاف النذر لانه
التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان
خارج المصر يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رض قال
رأيت رسول الله صلعم يصلي على ظهر حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء ولان النوافل
غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه القافلة او ينقطع هو
عن القافلة اما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة
انه ينزل لسنة الفجر لانها اكد من سائرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط
السفر والجواز في المصر وعن ابي يوسف انه يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر ان النص
ورد خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب فان افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني
وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع
والسجود لقدرته على النزول فان اتى بهما صح واحرام النازل انعقد
لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف
انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاول هو الاصح

فصل في قيام شهر رمضان ويستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء
فيصلي بهم الامام خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين
مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة كذا روى الحسن
عن ابي ح لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عم بين العذر في تركه
المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية
حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين ولو اقامها البعض فالمتخلف
عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة يروى عنهم التخلف والمستحب في
الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة

اهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم
يشير الى ان وقتها بعد العشاء الى اخر الليل قبل الوتر قال عامة المشايخ والا
صح ان وقتها بعد العشاء الى اخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت
بعد العشاء ولم يذكر قدر القراءة فيها واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم
مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليس
سنة ولا يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين

باب ادراك الفريضة

ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل
مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع
الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل
لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر والجمعة فاقيم او خطب الامام يقطع
على رأس الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف وقد قيل يتمها وان كان قد صلى
ثلثا من الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة
بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه بمحل الرفض حيث لم يوجد الاكثر
ويتخير ان شاء عاد فقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلوة
الامام واذا اتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة لان الفرض
لا يتكرر في وقت واحد فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم لانه
لو اضاف اليها ركعة اخرى تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان
يقيدها بالسجدة وبعد الاتمام لا يشرع في صلوة الامام لكراهة التنفل بعد
الفجر وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل
بالثلث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة امامه ومن دخل مسجدا قد اذن فيه
يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عم لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل
يخرج الى حاجته يريد الرجوع الا اذا كان ممن ينتظم به امر جماعة لانه ترك صورة
تكميل معنى وان كان قد صلى وكانت الظهر والعشاء فلا بأس بان يخرج لانه
اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة
عيانا وان كان في العصر والمغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها لكراهة التنفل
بعدها ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان
تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل لانه
امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي ان تفوتاه دخل مع الامام ولم يصل
لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة الظهر حيث

ويتركهما في الحالين لأنه يمكنه أداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وإنما الاختلاف بين
أبي يوسف ومحمد في تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر
على ما نبين إن شاء الله تعالى والتقييد بالأداء عند باب المسجد يدل على الكراهية
في المسجد إذا كان الإمام في الصلوة والأفضل في عامة السنن والنوافل المنزل
هو المروي عن النبي عليه السلام قال وإن فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لأنه
يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح ولا بعد ارتفاعها عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد أحب إلي أن يقضيهما إلى وقت الزوال لأن النبي عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع
الشمس غداة ليلة التعريس ولهما أن الأصل في السنة أن لا تقضى لاختصاص
القضاء بالواجب والحديث ورد في قضائها تبعا للفرض فبقي ما رواه على الأصل
وإنما تقضى تبعا له وهو يصلي بالجماعة أو وحده إلى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف
المشايخ في قضائها تبعا للفرض ومن أدرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلث فإنه
لم يصل الظهر بجماعة وقد قال محمد قد أدرك فضل الجماعة لأن من أدرك آخر الشيء
فقد أدركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به
في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة ومن أتى المسجد
وقد صلي فيه فلا بأس بأن يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت ومراده إذا
كان في الوقت سعة فإن كان فيه ضيق تركه قيل هذا في غير سنة الفجر والظهر
لأن لهما زيادة مرتبة قال عليه السلام في سنة الفجر صلوها وإن طردتكم الخيل وقال في
الأخرى من ترك الأربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لأن النبي عليه السلام
واظب عليها عند أداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والأولى
أن لا يتركها في الأحوال كلها لكونها مكملات للفرائض إلا إذا خاف فوت الوقت
ومن انتهى إلى الإمام في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الإمام رأسه من الركوع لم يصر
مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر هو يقول أدرك الإمام فيما له حكم القيام ولنا أن
الشرط هو المشاركة في أفعال الصلوة ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع
ولو ركع المقتدي قبل الإمام فأدركه الإمام فيه جاز خلافا لزفر لأن ما أتى به
قبل الإمام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه ولنا أن الشرط هو المشاركة في جزء واحد
كما في الطرف الأول

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلوة قضاها إذا ذكرها
وقدمها على فرض الوقت والأصل أن الترتيب بين الفوائت وبين فرض
الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي مستحب لأن كل فرض أصل بنفسه
فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام من نام عن صلوة أو نسيها فلم يذكرها

إلا وهو مع الإمام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الإمام
ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لأن الترتيب يسقط
بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي إلى تفويت الوقتية
ولو قدم الفائتة جاز لأن النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف ما إذا كان
في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لأنه أداها قبل وقتها الثابت
بالحديث ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الأصل لأن النبي عليه السلام
شغل عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني
أصلي إلا أن تزيد الفوائت على ست صلوات لأن الفوائت قد كثرت فيسقط
الترتيب فيما بين الفوائت نفسها كما سقط بينها وبين الوقتية وحد الكثرة
أن تصير الفوائت ستا لخروج وقت الصلوة السادسة وهو المراد بالمذكور
في الجامع الصغير وهو قوله وإن فاتته أكثر من صلوة يوم وليلة أجزأته التي بدأ بها
لأنه إذا زاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد أنه اعتبر دخول وقت السادسة
والأول هو الصحيح لأن الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الأول ولو اجتمعت
الفوائت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت
وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كأن لم يكن زجرا له عن التهاون ولو قضى بعض الفوائت
حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الأظهر فإنه روي عن محمد فيمن ترك صلوة
يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال
والوقتيات فاسدة إن قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وإن أخرها فكذلك
إلا العشاء الأخيرة لأنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها ومن صلى العصر
وهو ذاكر أنه لم يصل الظهر فهي فاسدة إلا إذا كان في آخر الوقت وهي مسألة
الترتيب وإذا فسدت الفرضية لا يبطل أصل الصلوة عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وعند محمد يبطل لأن التحريمة عقدت للفرض فإذا بطلت الفرضية بطلت
التحريمة ولهما أنها عقدت لأصل الصلوة بوصف الفرضية ولم يكن من ضرورة بطلان
الوصف بطلان الأصل ثم العصر تفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى ست
صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند أبي حنيفة وعندهما تفسد فسادا
باتا لا جواز لها بحال وقد عرف ذلك في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر أنه لم
يوتر فهي فاسدة عند أبي حنيفة خلافا لهما وهذا بناء على أن الوتر واجب عنده
سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن وعلى هذا لو صلى
العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين أنه صلى العشاء بغير

طاهر فيقدمه ويعيد العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر فرض عنده على حدة
وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو في الزيادة
والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي يسجد قبل السلام
لما روي انه عم سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله عم لكل سهو سجدتان بعد السلام
وروي انه عم سجد سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت روايتا فعله وبقي التمسك
بقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سهى عن السلام
ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام
المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي عم والدعاء في قعدة السهو
وهو الصحيح لان الدعاء موضعه اخر الصلوة قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته
فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على ان سجدتي السهو واجبة هو الصحيح لانها
تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج واذا كان واجبا
لا يجب الا بترك واجب او بتاخيره او بتاخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما
وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تاخير ركن او ترك واجب قال ويلزمه اذا ترك
فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها بالسنة
قال او ترك قراءة الفاتحة لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين لانها
واجبات فانه عم واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها
تضاف الى جميع الصلوة فيدل على انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر
التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها
سجدة هو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر يلزمه سجدتا السهو
لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات واختلفت الرواية في المقدار
والاصح قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن
الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما تصح به الصلوة كثير غير ان ذلك عنده اية واحدة
وعندهما ثلث ايات وهذا في الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص
الجماعة وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل
ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه
يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا فان سهى المؤتم لم يلزم الامام
ولا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام
ينقلب الاصل تبعا ومن سهى عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود
اقرب عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو

للتأخير والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان الى القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم
معنى ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وان سهى عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى
القعدة ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض
والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبله فيرتفض ويسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد
الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لانه استحكم شروعه في النافلة
قبل اكمال المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلوة
حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
خلافا لمحمد على ما مر فيضم اليها ركعة سادسة وان لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون
ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل وعند محمد برفعها
لان تمام الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الخلاف فيما اذا سبقه
الحدث في السجود بنى عند محمد خلافا لابي يوسف ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم
يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم لان التسليم في حالة القيام غير مشروع
وامكنه الاقامة على وجهه بالقعود لان ما دون الركعة بمحل الرفض فان قيد الخامسة
بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظة السلام وهي
واجبة وانما يضم اليها ركعة اخرى لتصير الركعتان نفلا لان الركعة الواحدة لا تجزئه
لنهي النبي عم عن البتيراء ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لان المواظبة عليها
بتحريمة مبتدأة ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه
المسنون وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون ولو قطعها لا يلزمه القضاء
لانه مظنون ولو اقتدى به انسان فيهما يصلي ستا عند محمد لانه هو المؤدي
بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض ولو افسد المقتدي
فلا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف يقضي ركعتين لان
السقوط بعارض يخص الامام ومن صلى ركعتين تطوعا فسهى فيهما وسجد للسهو
ثم اراد ان يصلي اخريين لم يبن عليهما لان السجود يبطل لوقوعه في وسط
الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن
يبطل جميع الصلوة ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه
سجدتا السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم فان سجد الامام كان
داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو داخل سجد الامام او لم
يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه من الصلوة اصلا لانها وجبت
جبرا للنقصان فلا بد ان يكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل

التوقيف لانه محلل في نفسه وانما لا يحل لحاجته الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة
على اعتبار عدم العود ويظهر الخلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير
الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة ومن سلم يريد قطع الصلوة وعليه سهو
فعليه ان يسجد للسهو لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت
ومن شك في صلوته فلم يدر اثلثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استأنف
لقوله عم اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وان كان الشك
قد يعرض له كثيرا بنى على اكبر رأيه لقوله عم من شك في صلوته فليتحر الصواب
فان لم يكن له رأي بنى على اليقين لقوله عم من شك في صلوته فلم يدر اثلثا صلى
ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال بالسلام اولى لانه عرف محللا دون
الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر
صلوته كيلا يكون تاركا فرض القعود **باب صلوة المريض** واذا عجز المريض
عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عم لعمران بن الحصين صل قائما فان لم
تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة
فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل
سجوده اخفض من ركوعه لانه قائم مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا
يسجد عليه لقوله عم ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك فان
فعل وهو يخفض رأسه اجزأه لوجود الايماء وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه
لانعدامه وان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة
واومى بالركوع والسجود لقوله عم يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا
فان لم يستطع فعلى قفاه يومي ايماء فان لم يستطع فالله تعالى احق بقبول
العذر منه وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة واومى جاز لما روينا
من قبل الا ان الاول هو الاولى عندنا خلافا للشافعي رح لان اشارة المستلقي
تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه تتأدى الصلوة
فان لم يستطع الايماء برأسه اخرت عنه ولا يومي بقلبه ولا بعينيه ولا بحاجبيه
خلافا لزفر لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالرأي ممتنع ولا قياس على
الرأس لانه يتأدى به ركن الصلوة دون العين واختيه وقوله اخرت عنه اشارة
الى انه لا تسقط الصلوة عنه وان كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا
هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه وان قدر على القيام ولم
يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومي ايماء لان ركنية

قوله اومى ايماء يعني قاعدا وهو افضل من الايماء قائما ورر

المريض من عجز عليه عابدا [illegible] ان من العبادة ذلك [illegible] وفي الكشف حال المريض في الاكل والشرب والنوم شرح

القيام للتوسل الى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا تتعقبه السجود لا يكون
ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح
بعض صلوته قائما ثم حدث به مرض اتمها قاعدا يركع ويسجد او يومي ان لم يقدر
او مستلقيا ان لم يقدر على القعود لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء
ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلوته قائما عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد استقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه وان صلى
بعض صلوته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود استأنف عندهم جميعا لانه لا يجوز
اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيى فلا بأس
بان يتوكأ على عصا او حائط او يقعد لان هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر
يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفة لانه لو قعد عنده يجوز من غير
عذر فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره
الاتكاء وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق ويجوز الصلوة عنده ولا يجوز
عندهما وقد مر في باب النوافل ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة اجزأه
عند ابي حنيفة والقيام افضل وقالا لا يجزيه الا من علة لان القيام مقدور عليه فلا يترك
وله ان الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل
لانه ابعد من شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في
غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها
قضاها وان اغمي عليه اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس
ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلوة كاملة لتحقق العجز فاشبه
الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيتحرج في الاداء
واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان تزيد على يوم وليلة لانه يدخل في
حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان الجوزجاني بخلاف النوم
لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد
لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات هو المأثور عن علي وابن عمر رض
باب سجود التلاوة سجود التلاوة في القرآن اربعة عشر في آخر الاعراف
والرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل
وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت واقرأ كذا كتب في مصحف عثمان
وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في حم
السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر رض وهو المأخوذ للاحتياط

والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القرآن او لم
يقصد لقوله عليه السلام السجدة على من سمعها والسجدة على من تلاها وهي كلمة ايجاب
وهو غير مقيد بالقصد واذا تلا الامام آية سجدة سجدها وسجدها المأموم معه لالتزامه
متابعته واذا تلا المأموم لم يسجد الامام ولا المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا
مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة او التلاوة
ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له
بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما
لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوة بخلاف الجنب ولو سمعها رجل خارج
الصلوة سجدها هو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم وان سمعوا وهم في
الصلوة آية سجدة من رجل ليس معهم في الصلوة لم يسجدوها في الصلوة لانها
ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلوة وسجدوها
بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلوة لم تجزهم لانه ناقص لمكان
النهي فلا يتأدى به الكامل واعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلوة
لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلوة وفي النوادر انها تفسد لانهم زادوا
فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد وان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معهم
في الصلوة فدخل معه بعد ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا
لها بادراك الركعة وان دخل معهم قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها
سجدها معه فههنا اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت
في الصلوة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوة لانها صلاتية ولها مزية
الصلوة فلا تتأدى بالناقص ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل في الصلوة
فاعادها وسجد لها اجزأته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها
صلاتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ لان للاولى قوة
السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها وان تلاها
فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي المستتبعة ولا وجه
الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب ومن كرر تلاوة سجدة في
مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة وان قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها
سجدها ثانية وان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة على
التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهو اليق بالعبادات والثاني

بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف
عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض
وهو المبطل هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن الى
غصن كذلك في الاصح وكذا في الدياسة للاحتياط واذا تبدل مجلس السامع
دون التالي يتكرر الوجوب لان السبب في حقه السماع واذا تبدل مجلس
التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع
لما قلنا ومن اراد السجود للتلاوة كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه
اعتبارا بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود ولا تشهد عليه ولا سلام
لان ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة ويكره ان يقرأ
السورة في الصلوة وغيرها ويدع آية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها
ولا بأس بان يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها قال محمد واحب الي
ان يقرأ قبلها آية او آيتين دفعا لتوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة
على السامعين

باب صلوة المسافر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان
يقصد الانسان موضعا بينه وبين ذلك الموضع مسيرة ثلثة ايام ولياليها
بسير الابل ومشي الاقدام لقوله عليه السلام يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر
ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدر ابو يوسف
بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة
حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن ابي حنيفة التقدير بالمراحل وهو قريب من
الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير في الماء معناه لا يعتبر به
السير في البر فاما المعتبر في البحر ما يليق بحاله كما في الجبل وفرض المسافر في
الرباعية ركعتان ولا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه الاربع والقصر رخصة
اعتبارا بالصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يأثم بتركه وهذا آية النافلة
بخلاف الصوم لانه يقضى وان صلى اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزأته
والاخريان نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتأخير السلام وان لم يقعد في
الثانية قدر التشهد بطلت لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها واذا فارق
المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر
بالخروج عنها وفيه الاثر عن علي لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال على حكم السفر حتى
ينوي الاقامة في بلد او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك
قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر

لانهما مدتان موجبتان وهو مأثور عن ابن عباس وابن عمر والاثر في مثلهم كالخبر والتقييد
بالبلدة والقرية يشير الى انه لا تصح نية الاقامة في المفازة وهو الظاهر
ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج منها غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة
حتى بقي على ذلك مدة سنين قصر لان ابن عمر اقام باذربيجان ستة اشهر
وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب
فنووا الاقامة بها قصروا وكذا اذا حاصروا فيها مدينة او حصنا لان الداخل
بين ان يهزم فيقر وبين ان يهزم فيفر فلم تكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي
في دار الاسلام في غير مصر او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر
يصح في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند ابي يوسف
يصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة ونية الاقامة من اهل الكلاء
وهم اهل الاخبية قيل لا تصح والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه
لان الاقامة اصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى واذا اقتدى المسافر بالمقيم
في الوقت اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى الاربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة لا
لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت واذا دخل معه في فائتة لم تجزه لانه لا يتغير
بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض
بالمتنفل في حق القعدة او القراءة واذا صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم
المقيمون صلوتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي ويصير
كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى
فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان
الاتيان اولى ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلوتكم فانا قوم سفر لان
النبي عم قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر واذا دخل المسافر مصره اتم الصلوة
وان لم ينو الاقامة فيه لانه عم واصحابه كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم
مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل منه واستوطن غيره ثم سافر
فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا الا ترى انه عم بعد الهجرة عد نفسه بمكة
من المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن
الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي واذا نوى المسافر ان يقيم بمكة ومنى خمسة
عشر يوما لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو
ممتنع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى ان يقيم بالليل في احدهما فيصير مقيما بدخوله
فيه لان اقامة المرء تضاف الى مبيته ومن فاتته صلوة في السفر قضاها في الحضر

ركعتين

ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا لان القضاء بحسب الاداء والمعتبر
في ذلك آخر الوقت لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء في الوقت والعاصي
والمطيع في سفره في الرخصة سواء وقال الشافعي سفر المعصية لا يفيد الرخصة
لانها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص ولان
نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده او يجاوره فصلح متعلق الرخصة

باب الجمعة

لا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا تجوز في القرى
لقوله عم لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع والمصر الجامع
كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود وهذا عند ابي يوسف
وعنه انهم لو اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو
الظاهر والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل يجوز في جميع
افنية المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله وتجوز بمنى اذا كان الامام امير الحجاز
او كان الخليفة مسافرا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا جمعة بمنى
لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد
للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة
وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير ولا تجوز
اقامتها الا للسلطان او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع
المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره ومن
شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عم اذا مالت
الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه
عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لان النبي عم ما صلاها بدون الخطبة في عمره وقبل
الصلوة به وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث
ويخطب قائما على الطهارة لان القيام متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها
الطهارة كالاذان ولو خطب قاعدا او على غير وضوء جاز لحصول المقصود الا انه يكره
لمخالفة التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة فان اقتصر على ذكر الله تعالى جاز
عند ابي حنيفة وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة الواجبة والتسبيحة او التحميدة
لا تسمى خطبة وقال الشافعي لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى
فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان انه قال الحمد لله فارتج عليه ونزل وصلى
ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها واقلهم عند ابي حنيفة ثلثة سوى الامام وقالا
اثنان سوى الامام قال رضه والاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده لان في المثنى معنى

الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط
على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم وان نفر الناس قبل ان يركع الامام ويسجد الا النساء
والصبيان استقبل الظهر عند ابي حنيفة وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى الجمعة
وان نفروا عنه ما ركع وسجد سجدة بنى عليها الجمعة خلافا لزفر هو يقول ان الجماعة شرط
فلا بد من دوامه كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة
ولابي حنيفة ان الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها
ليس بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة لانها تنافي الصلوة فلا يشترط
دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان لانه لا تنعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم الجماعة ولا
تجب على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يحرج في الحضور
وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا
للحرج والضرر فان حضروا فصلوا مع الناس اجزاهم عن فرض الوقت لانهم
تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في
الجمعة وقال زفر لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه الصبي والمرأة ولنا ان هذه رخصة
فاذا حضروا يقع فرضا على ما بينا اما الصبي فمسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح
للامامة في حق الرجال وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بالطريق
الاولى ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له
ذلك وجازت صلوته وقال زفر لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة
والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل
الفرض هو الظهر في حق الكافة وهذا هو الظاهر الا انه مامور باسقاطه باداء الجمعة
وهذا لانه متمكن من اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا يتم به وحده
وعلى التمكن يدور التكليف فان بدا له ان يحضرها فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره
عند ابي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر
فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقها فينقضها فصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام
وله ان السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر
احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها ويكره ان يصلي المعذورون
الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي
جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف اهل السواد لانه لا جمعة عليهم
ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع شرائطها ومن ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه
ما ادرك وبنى عليها الجمعة لقوله عم ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا

فان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما وقال محمد ان
ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر
لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه فيصلي اربعا اعتبارا للظهر
ويقعد لا محالة على راس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية
ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى يشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر
لانهما مختلفان لا يبنى احدهما على تحريمة الاخرى واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك
الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا بأس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر لان
الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلوة لانها قد تمتد
ولابي حنيفة قوله عم اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام
قد يمتد طبعا فاشبه الصلوة واذا اذن المؤذنون الاذان الاول ترك الناس البيع
والشراء وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع واذا
صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر فاذا فرغ من خطبته
اقاموا بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله صلعم الا هذا الاذان
ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول
اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به

باب العيدين

وتجب صلوة العيد على
كل من تجب عليه صلوة الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول
سنة والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على
السنة والاول على الوجوب وهو رواية عن ابي حنيفة وجه الاول مواظبة النبي عم
عليها من غير ترك وجه الثاني قوله عم في حديث الاعرابي عقيب سؤاله هل علي غيرهن
قال لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه بالسنة ويستحب
في يوم الفطر ان يطعم الانسان قبل الخروج الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب
لما روي انه عم كان يطعم في يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى وكان يغتسل
في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعة ويلبس احسن
ثيابه لانه عم كان له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد ويؤدي صدقة الفطر
اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوة ويتوجه الى المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفة في طريق
المصلى جهرا وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثناء الاخفاء
والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر ولا يتنفل في المصلى
قبل العيد لان النبي عم لم يفعل مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة

وتنفل فيه وفي غيره عادة لانه عم لم يفعل واذا حلت الصلوة بارتفاع الشمس دخل
وقتها الى الزوال فاذا زالت الشمس خرج وقتها لان النبي عم كان يصلي العيد
والشمس على قدر رمح او رمحين ولما شهدوا برؤية الهلال بعد الزوال امر بالخروج
الى المصلى من الغد ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى تكبيرة الافتتاح
وثلثا بعدها ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدي
في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها ويكبر رابعة يركع بها وهذا قول ابن مسعود
وهو مذهبنا وقال ابن عباس يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر
خمسا ثم يقرأ وفي رواية في الثانية يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس
لامر بنيه الخلفاء فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع اليدين خلاف المعهود
فكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر بها فكان الاصل فيه الجمع
وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق
وفي الثانية لا يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي اخذ بقول ابن
عباس الا انه حمل المروي كله على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمس عشرة او ستة
عشر ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به ما سوى تكبيرتي الركوع لقوله عم لا ترفع
الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات العيدين وعن ابي يوسف انه
لا يرفع والحجة عليه ما رويناه ثم يخطب بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل
المستفيض ويعلم الناس فيها صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله
ومن فاتته صلوة العيد مع الامام لم يقضها لان الصلوة بهذه الصفة لم
تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد فان غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال
بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا تاخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان
حدث عذر يمنع الصلوة في اليوم الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان
لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتاخير الى اليوم الثاني عند العذر
ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ
من الصلوة لما روي انه عم كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من اضحيته
ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عم كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك
نقل ويخطب بعدها خطبتين لانه عم كذلك فعل ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبيرات
التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان عذر
يمنع من الصلوة في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان
الصلوة موقتة بوقت الاضحية فتتقيد بايامها لكنه مسيء في التاخير بغير عذر

لمخالفة

لمخالفة المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم
عرفة في بعض المواضع تشبيها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة
مختصة بمكان فلا يكون عبادة دونه كسائر المناسك **فصل في تكبيرات**
التشريق ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلوة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب صلوة
العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا يختم عقيب العصر من اخر ايام التشريق والمسئلة
مختلفة بين الصحابة فاخذا بقول علي رض اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات
واخذ بقول ابن مسعود اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول مرة
واحدة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن
الخليل صلعم وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعة المستحبة
عند ابي حنيفة وليس على جماعة النساء اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو على كل من صلى
المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله ما رويناه من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل
عن الخليل ابن احمد ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند
استجماع هذه الشرائط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافر
عند اقتدائهم بالمقيمين بطريق التبعية قال يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة
فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة دل على ان الامام وان ترك التكبير لا يتركه المقتدي
وهذا لانه لا يؤدي في حرمة الصلوة فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب

باب صلوة الكسوف

اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة
النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال الشافعي ركوعان له رواية عائشة رض
ولنا رواية ابن عمر والحال انكشف على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول
القراءة فيهما ويخفي عند ابي حنيفة وقالا يجهر وعن محمد مثل قول ابي حنيفة اما التطويل في القراءة
فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة
والدعاء فاذا خفف احدهما طول الاخر واما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة رض
انه عم جهر فيها ولابي حنيفة رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهم والترجيح قد مر من قبل كيف وانها
صلوة النهار وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عم اذا رأيتم
من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله بالدعاء واذكروا الله واستغفروه
والسنة في الادعية تأخيرها عن الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة وان
لم يحضر صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في خسوف القمر جماعة لتعذر
الاجتماع بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عم اذا رأيتم
شيئا من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانها لم

ان الشمس والقمر ... لا ينكسفان لموت احد ولا لحياته فاذا رأيتم ذلك فافزعوا الى الصلوة

ثم تنقل **باب الاستسقاء** قال ابو حنيفة ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة
فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى
فقلت استغفروا ربكم انه كان غفارا الآية ورسول الله صلعم استسقى ولم يرو عنه
الصلوة وقالا يصلي الامام بالناس ركعتين لما روي ان النبي صلى فيهما ركعتين
كصلوة العيد رواه ابن عباس قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر
في الاصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روي
ان النبي صلعم خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد وعند ابي يوسف خطبة واحدة ولا خطبة
عند ابي حنيفة لانه تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي انه عم
استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لما روينا قال رضي الله عنه هذا قول محمد
اما عند ابي حنيفة فلا يقلب لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفاؤلا
ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء
لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة

باب صلوة الخوف

اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه
فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع رأسه من السجدة الثانية
مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي بهم الامام
ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة
الاولى فصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا
وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين
بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود رض
ان النبي صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف وان انكر شرعيتها
في زماننا فهو محجوج عليه بما رويناه فان كان الامام مقيما صلى بالطائفة
الاولى ركعتين وبالثانية ركعتين لما روي انه عم صلى الظهر بطائفتين ركعتين
ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى من المغرب ركعتين وبالثانية ركعة واحدة
لان تنصيف الركعة غير ممكن فجعلها في الاولى بحكم السبق ولا يقاتلون في
حال الصلوة فان فعلوا ذلك بطلت صلوتهم لانه عم شغل عن اربع صلوات
يوم الاحزاب فلو جاز الاداء مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا
ركبانا فرادى يومئون بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤوا اذا لم يقدروا على التوجه
الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن
محمد انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان

باب الجنائز

اذا احتضر

اذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه
اشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر والاول هو السنة ويلقن
الشهادتين لقوله عم لقنوا موتاكم شهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب من
الموت فاذا مات شدوا لحياه وغمضوا عينيه بذلك جرى التوارث ثم في ذلك
تحسينه فيستحسن

فصل في الغسل

واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب
الماء عنه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفي بستر العورة
الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضؤوه من غير مضمضة
واستنشاق لان الوضوء سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان
ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحالة الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما
يوتر لقوله عم ان الله تعالى وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة
في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول اصل المقصود ويغسل رأسه ولحيته
بالخطمي لتكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى
ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى يرى ان
الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هي البداية بالميامن ثم يجلسه
ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان خرج منه
شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة
ثم ينشفه بثوب كيلا تبتل اكفانه ويجعله اي الميت في اكفانه ويجعل الحنوط على
رأسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد اولى بزيادة
الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عائشة رض
علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها
وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان

فصل في التكفين

السنة ان يكفن الرجل في ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي انه عم كفن
في ثلثة اثواب بيض سحولية ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حيوته فكذا بعد مماته فان
اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة وهو كفن الكفاية لقول ابي بكر
اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار من
القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق الى القدم فاذا ارادوا
لف الكفن ابتدؤوا بجانبه الايسر فلفوه عليه ثم بالايمن كما في حالة الحيوة وكيفيته
ان يبسط اللفافة اولا ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار ثم
يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك فان خافوا

ان ينتشر الكفن يعقد وه بخرقة صيانة عن الكشف وتكفن المرأة في خمسة اثواب درع وازار
وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها لحديث ام عطية ان النبي عم اعطى اللواتي غسلن
ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج فيها حالة الحيوة فكذا بعد الممات ثم هذا بيان كفن السنة
وان اقتصروا على ثلثة اثواب جاز وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من
ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن
عمير حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المرأة الدرع اولا ثم
يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة **قال**
وتجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها الميت وترا لانه عم امر باجمار اكفان ابنته و
وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها فريضة **فصل في الصلوة**
على الميت واولى الناس بالصلوة على الميت السلطان ان حضر لان في التقدم عليه
ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي
لانه رضيه في حال حيوته ثم الولي والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح فان
صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق للاولياء
وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتأدى بالاول والتنفل بها
غير مشروع ولهذا رأينا الناس تركوا عن اخرهم الصلوة على قبر النبي عم وهو
اليوم كما وضع فان دفن الميت ولم يصل عليه صلي على قبره لان النبي عم صلى على
قبر امرأة من الانصار ويصلي عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر
الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان والصلوة ان يكبر تكبيرة يحمد
الله تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي عم ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه
وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لانه عم كبر اربعا في اخر صلوة صلاها
فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المأموم خلافا لزفر لانه
منسوخ لما روينا وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات
استغفار للميت والبداية بالثناء ثم بالصلوة سنة الدعاء ولا يستغفر
للصبي لكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا وذخرا واجعله لنا شافعا مشفعا
ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الاتي حتى يكبر اخرى بعد حضوره عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق يأتي به
ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته اذ هو منسوخ
ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة
المدرك **قال** ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لانه موضع

القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة
انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها لان انسا رضه فعل كذلك
وقال هو السنة قلنا تأويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم فان
صلوا على جنازة ركبانا اجزأهم في القياس لانها دعاء وفي الاستحسان لا يجزيهم
لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا بأس بالاذن
في صلوة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ
لا بأس بالاذان اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى
على ميت في مسجد جماعة لقوله عم من صلى على جنازة في مسجد جماعة فلا اجر له
ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت
خارج المسجد اختلاف المشايخ ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه
لقوله عم اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل لم يصل عليه ولان
الاستهلال دلالة الحيوة فتحقق في حقه سنة الموتى ومن لم يستهل ادرج
في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه
نفس من وجه وهو المختار واذا سبي صبي مع احد ابويه فمات لم يصل عليه لانه تبع لهما
الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم احد ابويه
لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت تبعية
الدار فحكم بالاسلام كما في اللقيط واذا مات الكافر وله ولي مسلم فانه يغسله ويكفنه
ويدفنه بذلك امر علي رضه في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف في
خرقة وتحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى
فصل في حمل الجنازة واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع
بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي
السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق على اصل عنقه والثاني على اصل صدره
لان جنازة سعد بن معاذ هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة
ويمشون به مسرعين دون الخبب لانه عم سئل عنه فقال ما دون الخبب واذا
بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة
الى التعاون والقيام امكن منه وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم
مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا
للتيامن وهذا في حالة التناوب **فصل في الدفن** ويحفر القبر ويلحد لقوله عم اللحد لنا
والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي فان عنده يسل

لما روي انه عم سل سلا ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه واضطربت
الرواية في ادخال النبي عم فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول
الله كذا قاله رسول الله صلعم حين وضع ابا دجانة في القبر ويوجهه الى القبلة بذلك
امر رسول الله صلعم وتحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوي اللبن على
اللحد لانه عم جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا
يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف
ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلى ثم بالآجر اثر النار
فيكره تفاؤلا ولا بأس بالقصب وفي الجامع الصغير يستحب اللبن والقصب لانه عم
جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب عليه ويسنم القبر ولا يسطح اي
لا يربع لانه عم نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي عم اخبر انه مسنم

باب الشهيد

الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم
تجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال عم
فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل بالحديدة ظلما وهو طاهر
بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانه
دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوه والشافعي يخالفنا
في الصلوة ويقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة
على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني
عن الدعاء كالنبي والصبي ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق فباي
شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كانوا كلهم قتيل السيف والسلاح واذا
استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط
بالموت والثاني لم يجب للشهيد ولابي حنيفة ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة
فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة لما استشهد جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف
الحائض والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا
الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة وله ان السيف كفى عن الغسل
في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم ولا يغسل
عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الحشو والفرو والقلنسوة
والسلاح والخف لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاؤا
اتماما للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق
الحيوة لان بذلك يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان ياكل

او يشرب او ينام او يداوي او ينقل من المعركة حيا لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد
ماتوا عطاشا والكأس تدار عليهم خوفا من نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا
تطأه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة ولو آواه فسطاط او خيمة كان مرتثا لما بينا
ولو بقي حيا حتى مضى وقت صلوة وهو يعقل فهو مرتث لان تلك الصلوة تصير دينا
في ذمته وهو من احكام الاحياء قال رضي الله عنه وهذا مروي عن ابي يوسف ولو اوصى بشيء
من امور الآخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف لانه ارتفاق وعند محمد لا يكون مرتثا
لانه من احكام الاموات ومن وجد قتيلا في المصر غسل لان الواجب فيه القسامة والدية
فخفف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة
والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى وعند ابي يوسف ومحمد ما لا يلبث
بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ان شاء الله ومن قتل في حد او قصاص غسل
وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء
مرضات الله فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه لان
عليا رض لم يصل على البغاة

باب الصلوة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائزة
فرضها ونفلها خلافا للشافعي فيهما ولمالك في الفرض لانه عم صلى في جوف
الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لان
استيعابها ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى
ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة ولم يعتقد امامه على الخطاء بخلاف مسئلة
التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه واذا صلى
الامام في المسجد الحرام فتحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة الامام فمن كان
منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام
لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت
صلوته خلافا للشافعي لان الكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا
دون البناء لانه ينقل الا ترى انه لو صلى على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا
انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي عم

كتاب الزكوة

الزكوة واجبة على الحر البالغ العاقل المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول
اما الوجوب فلقوله تعالى وآتوا الزكوة ولقوله عم ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع
الامة والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك
بها والعقل والبلوغ لما نذكر والاسلام لان الزكوة عبادة ولا تتحقق العبادة
من الكافر ولا بد من ملك مقدار النصاب لانه عم قدر السبب به ولا بد من الحول لانه

لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله عم لا زكوة في مال
حتى يحول عليه الحول ولانه المتمكن به من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة و
الغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هي واجبة على الفور لانه
مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا لا يضمن بهلاك
النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون زكوة خلافا للشافعي فانه يقول هي
غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا انها
عبادة فلا تتادى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل
بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذلك الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة
تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم وعن
ابي يوسف انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة انه اذا
بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ وليس على المكاتب
زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من
اهل ان يعتق عبده ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي
تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر
معدوما كالماء المستحق بالعطش وثياب البذلة والمهنة وان كان ماله اكثر من
دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن الحاجة والمراد به دين له مطالب من جهة
العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به
النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر فيهما ولابي يوسف في الثاني على
ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان
الملاك نوابه وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب
الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة بالحاجة
الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات المحترفين
لما قلنا ومن له على اخر دين فجحده سنين ثم قامت له بينة لم يزكها لما مضى معناه
صارت له بينة بان اقر عند الناس وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر
والشافعي ومن جملته المال المفقود والابق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال
الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان
مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الابق والضال والمغصوب على هذا الخلاف
لهما ان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا
قول علي رض لا زكوة في مال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا

بالقدرة

بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت
نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشائخ ولو كان الدين
على مقر ملي او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول اليه ابتداء او بواسطة التحصيل
وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان على مقر مفلس
فهو نصاب عند ابي حنيفة لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد لا تجب لتحقق الافلاس
عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة في حكم الزكوة
رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها الزكوة
لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون
في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر
مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر وان اشترى شيئا ونواه للتجارة
كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو
ملكه بالهبة او بالوصية او بالنكاح او بالخلع او بالصلح عن القود ونواه للتجارة كان
للتجارة عند ابي يوسف لاقترانها بالعمل وعند محمد لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل
التجارة وقيل الاختلاف على عكسه ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة
لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران
الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن
تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء
منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة
المؤدى عند محمد لان الواجب شائع في الكل وعند ابي يوسف لا يسقط لان البعض
ليس بمتعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الاول

باب زكوة السوائم

فصل في الابل

ليس في اقل من خمس ذود من الابل صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة
وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها
شاتان الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلث شياه الى تسع عشرة
فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا
وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلثين
فاذا بلغت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين
فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة الى
خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا
كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب

الصدقات من رسول الله صلعم ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستأنف الفريضة فيكون
في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين
اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث
حقاق ثم تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة
ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست
وثلثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين
ثم تستأنف الفريضة ابدا كما تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال
الشافعي اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا
صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات
والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه عم
كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت
لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عم كتب في آخر ذلك في كتاب عمرو بن
حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة والبخت والعراب
سواء لان مطلق الاسم يتناولهما

فصل في البقر

ليس في اقل من ثلثين من البقر السائمة
صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي
طعنت في الثانية وفي اربعين مسن او مسنة وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر
رسول الله صلعم معاذا فاذا زادت على الاربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك
الى ستين عند ابي حنيفة ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين نصف
عشر مسنة وفي الثلث ثلثة ارباع عشر مسنة وهذا رواية الاصل لان العفو
ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في الزيادة
شيء حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب على
ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء
في الزيادة حتى تبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة لقوله عم لمعاذ لا تأخذ من
اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها
الصغار ثم في ستين تبيعان او تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان
وفي تسعين ثلثة اتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشرة
من تبيع الى مسنة ومن مسنة الى تبيع لقوله عم في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفي
كل اربعين مسن او مسنة والجواميس والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما اذ هو
نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به في

يمينه لا يأكل

يمينه لا يأكل لحم البقر

فصل في الغنم

ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة
فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت
واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت
اربعمائة ففيها اربع شياه ثم في كل مائة شاة شاة هكذا ورد البيان في كتاب
رسول الله صلعم وفي كتاب ابي بكر الصديق رض وعليه انعقد الاجماع والضأن والمعز سواء
لان لفظ الغنم شاملة للكل والنص ورد به ويؤخذ الثني في زكوتها ولا يؤخذ الجذع
والثني ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة وهو قولهما انه يؤخذ
الجذع لقوله عم انما حقنا الجذعة والثنية ولانه يتأدى به الاضحية فكذا الزكوة وجه
الظاهر موقوفا ومرفوعا لا يؤخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب
هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف
نصا والمراد بما روي الجذعة من الابل ويؤخذ في زكوة الغنم الذكور والاناث لان
اسم الشاة ينتظمهما وقد قال عم في كل اربعين شاة شاة

فصل في الخيل

اذا كانت
الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى من كل فرس دينارا و
ان شاء قومها واعطى من كل مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة وهو قول زفر رح
وقالا لا زكوة في الخيل لقوله عم ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة وله قوله عم في
كل فرس سائمة دينار او عشرة دراهم وتأويل ما رواه فرس الغازي وهو المنقول
عن زيد بن ثابت والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر رض وليس في ذكورها منفردة
زكوة لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه الوجوب فيها
لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور وعنه انها تجب في الذكور المنفردة
ايضا ولا شيء في البغال والحمير لقوله عم لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت
سماعا الا ان يكون للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة

فصل

وليس في الفصلان والحملان والعجاجيل صدقة عند ابي حنيفة وهذا آخر اقواله وهو
قول محمد وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر ومالك
ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف والشافعي وجه قوله الاول ان
الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين
كما يجب في المهازيل واحدة منها ووجه الآخر ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا
امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان واحد من المسان جعل الكل تبعا له
في انعقادها نصابا دون تأدية الزكوة حتى لا يخرج عن العهدة باداء واحدة من الصغار
ثم ان عند ابي يوسف لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلثين من

من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحد لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان
يجب الواجب ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثلث الواجب ولا يجب فيما
دون خمس وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسي فصيل
على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل في الخمس والى قيمة شاة فيجب
اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار قال
ومن وجب عليه سن ولم يوجد عنده اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها
واخذ الفضل وهذا يبتني على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائزة عندنا على
ما نذكره ان شاء الله الا ان في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين
الواجب او بقيمته لانه شرى وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة
ويجوز دفع القيم في الزكوة عندنا وكذا في الكفارات وصدقة الفطر والعشر والنذور
وقال الشافعي لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر
بالاداء الى الفقير ايصالا للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار
كالجزية بخلاف الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة
في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والحوامل والعلوفة
صدقة خلافا لمالك له ظواهر النصوص ولنا قوله عم ليس في العوامل والحوامل والعلوفة
صدقة ولا في البقر المثيرة صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة
او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة
هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كانت
علوفة لان القليل تابع للكثير ولا ياخذ المصدق خيار المال ولا رذالته وياخذ
الوسط لقوله عم لا تاخذوا من حزرات اموال الناس اي كرائمها وخذوا من
حواشي اموالهم اي اوساطها ولان فيه نظرا من الجانبين ومن كان له نصاب
فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعي لا يضم لانه
اصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة
في الملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد
والارباح لان عندها يتعسر التمييز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول
الا للتيسير قال والزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح في النصاب دون العفو وقال
محمد وزفر فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد وزفر يسقط بقدره لمحمد ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل
نعمة ولهما قوله عم في خمس من الابل السائمة شاة وليس في الزيادة شيء حتى

يبلغ

يبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفي الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف
الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة رح ويصرف الهلاك
بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي يليه الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول
وما زاد عليه تابع وعند ابي يوسف يصرف الى العفو اولا ثم الى النصب شائعا واذا اخذ
الخوارج الخراج وصدقة السوائم لا يثني عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا
بان يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكوة مصرفها
الفقراء ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه وكذا
الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول احوط وليس على الصبي من بني
تغلب في سائمته شيء وعلى المرأة ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ
من المسلمين ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب
الزكوة سقطت الزكوة وقال الشافعي يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء لان
الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك
ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد الجاني بالجناية
يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي
قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي وفي
هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا بالكل وان قدم الزكوة على الحول وهو مالك
للنصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف
مالك ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه
نصاب واحد خلافا لزفر لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد
عليه تابع له

باب زكوة المال فصل في الفضة

ليس فيما دون مائتي درهم صدقة
لقوله عم ليس فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا كانت مائتين
وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه عم كتب الى معاذ ان خذ من
كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال ولا شيء
في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما درهم وهذا
عند ابي حنيفة وقالا ما زاد على المائتين فزكوته بحسابه وهو قول الشافعي لقوله
عم في حديث علي رض وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا
لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنى وبعد النصاب في
السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة قوله عم في حديث معاذ لا تاخذ من الكسور شيئا
وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع

وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان
يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رض
واستقر الامر عليه واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة فهو في
الفضة واذا كان الغالب عليها الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان تبلغ قيمتها
نصابا لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا
الغلبة فاصلة وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وستذكره في الصرف
ان شاء الله تعالى الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في ساير العروض
الا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة
ولا نية التجارة

فصل في الذهب

ليس فيما دون عشرين مثقالا من
الذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا وحال عليها الحول ففيها
نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم
وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك
فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة
عند ابي حنيفة وعندهما تجب بحساب ذلك وهي مسئلة الكسور وكل دينار عشرة
دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما وفي تبر الذهب
والفضة وحليهما واوانيهما الزكوة وقال الشافعي لا تجب في حلي النساء وخاتم
الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فاشبه ثياب البذلة ولنا ان السبب
مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف
الثياب

فصل في العروض

الزكوة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت
اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق والذهب لقوله عم فيها يقومها فيؤدي
في كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء باعداد العبد فاشبه
المعد باعداد الشرع وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال يقومها
بما هو انفع للمساكين احتياطا لحق الفقراء قال رضي الله عنه هذه رواية عن ابي حنيفة
وفي الاصل خيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع
ان يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف انه يقومها بما اشترى ان كان
الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود قومها
بالنقد الغالب وعن محمد انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب
والمستهلك واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك
لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه

للانعقاد وتحقق الغنى وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما دون بين ذلك لانه
حالة البقاء بخلاف ما لو هلك الكل حيث يبطل حكم الحول ولا تجب الزكوة لانعدام
النصاب في الجملة ولا كذلك في المسئلة الاولى لان بعض النصاب باق فيبقى الا
نعقاد وتضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل
باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد وتضم الذهب الى الفضة
للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا لوجوب الزكوة ثم تضم بالقيمة
عند ابي حنيفة وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له مائة درهم وخمسة
مثاقيل ذهب قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر
فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتين وقيمته
فوقهما هو يقول ان الضم للمجانسة وهو يتحقق باعتبار القيمة دون الصورة
فيضم بها

باب فيمن يمر على العاشر

واذا مر على العاشر بمال وقال اصبته
منذ اشهر او علي دين وحلف صدق والعاشر من نصبه الامام على الطريق
ليأخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين كان
منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين وكذلك اذا قال اديت الى عاشر
آخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر آخر لانه ادعى وضع الامانة موضعها
بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا
قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية
الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذلك الجواب في صدقة السوائم في ثلثة
فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء لا
يصدق وان حلف وقال الشافعي يصدق لانه اوصل الحق الى المستحق
ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة
ثم قيل ان الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الاول والثاني
ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة لم
يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرطه في الاصل وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان
الخط يشبه الخط فلم يعتبر علامة قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان
ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فتراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف
ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي لان الاخذ منه بطريق
الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير ان اقراره بنسب من في يده منه

وقيل هو الثاني والاول [illegible]

صحيح فكذا بأمية لولد لانه لا تنبني عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا في
المال ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر
هكذا امر عمر رضه سعاته وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا
يأخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي
لان المأخوذ زكوة او ضعفها فلابد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب
الزكوة لا نأخذ من القليل وان كانوا يأخذون منه لان القليل لم يزل عفوا
ولانه لا يحتاج الى الحماية وان مر حربي بمائتي درهم ولا نعلم كم يأخذون منا نأخذ
منه العشر لقول عمر رضه فان اعياكم فالعشر وان علم انهم يأخذون منا ربع العشر
او نصف العشر نأخذ بقدره وان كانوا يأخذون الكل لا نأخذ الكل لانه غدر
وان كانوا لا يأخذون اصلا لا نأخذ منهم ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق
بمكارم الاخلاق منهم قال وان مر حربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره
حتى يحول الحول لان الاخذ في كل مرة استيصال المال وحق الاخذ لحفظه ولان
حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا
والاخذ بعده لا يستأصل المال فان عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج
من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي
الى الاستيصال فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر ولم يعشر الخنزير وقوله
عشر الخمر اي الاخذ من قيمتها وقال الشافعي لا يعشرهما لانه لا قيمة
لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال ابو يوسف يعشرهما
اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل واحد على الانفراد عشر
الخمر ولم يعشر الخنزير ووجه الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات
القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها
ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا يحميها على
غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على
غيره ولو مر صبي او امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء
وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ومن مر على عاشر بمائة درهم
واخبره ان له في منزله مائة اخرى قد حال عليها الحول لم يزك المائة
التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت حمايته ولو مر بمائتي درهم
بضاعة لم يعشرها لانه غير مأذون باداء زكوتها قال وكذا المضاربة
يعني اذا مر المضارب به وكان ابو حنيفة يقول اولا يعشرها لقوة حق

المضارب

المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة
المالك ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نائب عنه
في اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ منه لانه مالك
له ولو مر عبد مأذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره وقال ابو يوسف رح
لا ادري ان ابا حنيفة رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة
وهو قولهما انه لا يعشرها لان الملك فيه للمولى وله التصرف فصار كالمضارب
وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على
المولى فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع
بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع في المضاربة
رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يؤخذ منه لان الملك له الا اذا كان
على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك او لشغله قال ومن مر على عاشر
الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره يثنى عليه الصدقة معناه اذا مر على
عاشر اهل العدل لان التقصير من قبله من حيث مر عليه

باب في المعادن

والركاز معدن ذهب او فضة او حديد او رصاص او صفر وجد في ارض خراج
او عشر ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي لا شيء عليه فيه لانه مباح سبقت
يده اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا او فضة فتجب فيه الزكوة
ولا يشترط الحول في قول لانه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله عم وفي
الركاز الخمس وهو من الركز فانطلق على المعدن ولانها كانت في ايدي
الكفرة وحوتها ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد
لانه لم يكن في يد احد الا ان للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر واما
الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق اربعة الاخماس
حتى كانت للواجد ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة وقالا رح
ابو يوسف ومحمد فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله انه من اجزاء الارض
مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف
الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها وان وجده في ارضه فعن ابي حنيفة رح
روايتان ووجه الفرق على احديهما وهو رواية الجامع الصغير ان الدار ملكت
خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في الارض
دون الدار فكذا هذه المؤنة وان وجد ركازا اي كنزا وجب فيه الخمس عندهم لما روينا
واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الاثبات ثم ان كان

على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف
حكمها في موضعه وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه
الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة اخماسه للواجد لانه تم
الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان وجده في ارض مملوكة فكذا
الحكم عند ابي يوسف لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند ابي حنيفة ومحمد
هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لانه سبقت يده اليه وهو
يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة
وفي بطنها درة ثم بالبيع لم تخرج عن ملكه لانه مودع فيها بخلاف المعدن لانه
من اجزائها فينتقل الى المشتري وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك
يعرف له في الاسلام على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر
المذهب لانه الاصل وقيل يجعل اسلاميا في زماننا لتقادم العهد ومن دخل دار
الحرب بامان فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لان ما في
الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده في الصحراء فهو له لانه ليس في يد احد
على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لانه بمنزلة متلصص غير مجاهر و
ليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس لقوله عم لا خمس في الحجر وفي
الزيبق الخمس في قول ابي حنيفة اخرا خلافا لابي يوسف ولا خمس في اللؤلؤ
والعنبر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تستخرج من البحر
خمس لان عمر رض اخذ الخمس من العنبر ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون
الماخوذ منه غنيمة وان كان ذهبا او فضة والمروي عن عمر رض فيما دسره البحر
وبه نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه وجده في
ارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة

باب زكوة الزروع والثمار

قال ابو حنيفة في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء سقي
سيحا او سقته السماء الا القصب والحطب والحشيش وقالا لا يجب العشر الا
فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق والوسق ستون صاعا بصاع
رسول الله صلعم وليس في الخضروات عندهما عشر فالخلاف في موضعين
في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء لهما في الاول قوله عم ليس فيما
دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط فيه النصاب ليتحقق الغنى
ولابي حنيفة قوله عم ما اخرجته الارض ففيه العشر من غير فصل وتاويل
ما روياه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق

اربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط
الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عم ليس في الخضروات
صدقة والزكوة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على
صدقة يأخذها العاشر وبه اخذ ابو حنيفة فيه ولان الارض قد تستنمى بما لا يبقى
والسبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيها الخراج اما الحطب والحشيش
لا تستنبت في الجنان عادة بل تنفى عنها حتى لو اتخذها مقصبة او مشجرة او منبتا
للحشيش يجب فيه العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي اما قصب السكر وقصب
الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف
والتبن لان المقصود الحب والثمر دونهما قال وما سقي بغرب او دالية او
سانية ففيه نصف العشر على القولين لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما يسقى بماء
السماء او سيحا وان سقي سيحا او بدالية فالمعتبر اكثر السنة كما مر
في السائمة وقال ابو يوسف فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه
العشر اذا بلغت قيمته خمسة اوسق من ادنى ما يوسق كالذرة في زماننا
لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد
يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في
القطن خمسة احمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة امناء لان
التقدير بالوسق كان لاعتبار انه اعلى ما يقدر به وفي العسل العشر
اذا اخذ من ارض العشر وقال الشافعي لا يجب لانه متولد من الحيوان
فاشبه الابريسم ولنا قوله عم في العسل العشر ولان النحل يتناول من
الانوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز لانه
يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابي حنيفة يجب فيه العشر قل او كثر لانه
لا يعتبر النصاب وعن ابي يوسف انه يعتبر فيه القيمة كما هو اصله
وعنه انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة انهم كانوا يؤدون
الى رسول الله صلعم كذلك وعنه خمسة امناء وعن محمد خمسة افراق والفرق
ستة وثلثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به وكذا في قصب السكر وما يوجد
في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن ابي يوسف انه لا يجب لانعدام
السبب وهي الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود حاصل وهو الخارج
وكل شيء اخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب فيه اجر العمال ونفقة البقر
لان النبي عم حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها قال

تغلبي له ارض عشر فعليه العشر مضاعفا عرف ذلك باجماع الصحابة وعن محمد ان فيما اشتراه
التغلبي من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك فان اشتراها
منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر
وكذلك اذا اشتراها منه مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة سواء كان التضعيف اصليا
او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فينتقل الى المسلم بما فيها كالخراج
وقال ابو يوسف يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف قال في الكتاب
وهو قول محمد فيما صح عنه قال رضي الله عنه اختلفت النسخ في بيان قوله والاصح
انه مع ابي حنيفة في بقاء التضعيف الا ان قوله لا يتأتى الا في الاصلي لان التضعيف
الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها
من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة لانه اليق
بحال الكافر وعند ابي يوسف عليه العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج
اعتبارا بالتغلبي وهذا اهون من التبديل وعند محمد هي عشرية على حالها لانه
صار مؤنة لها فلا تتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات
وفي رواية مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت على البائع لفساد البيع فهي
عشرية كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها من
المسلم واما الثاني فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كأن لم يكن
ولان حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد واذا كانت
لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه اذا سقاه بماء العشر اما
اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء
وليس على المجوسي في داره شيء لان عمر رض جعل المساكن عفوا وان جعلها
بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر اذ فيه معنى
القربة فتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في
الماء العشري الا ان عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران وقد مر
الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والابار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت
ولاية احد والماء الخراجي ماء الانهار التي شقها الاعاجم وماء جيحون وسيحون
ودجلة والفرات عشري عند محمد لانها لا يحميها احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف
لانه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها وفي ارض الصبي والمرأة
التغلبيين ما في ارض الرجل التغلبي يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد
في الخراجية لان الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على

المرأة والصبي

والمرأة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم وليس في عين
القير والنفط في ارض العشر شيء لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين
فوارة كعين الماء وعليه في ارض الخراج خراج وهذا اذا كان حريمه صالحا للزراعة
لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة **باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز**
الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الآية فهذه ثمانية اصناف وقد سقطت
منها المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد
الاجماع والفقير من له ادنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة رح
وقد قيل على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان او صنف واحد وسنذكره في كتاب
الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل يدفع اليه الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه
واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي رح لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا
يأخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة الصدقة فلا يأخذها العامل الهاشمي
تنزيها لقرابة الرسول عم عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه في استحقاق
الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب يعان المكاتبون منها في فك
رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال
الشافعي رح من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين
وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند ابي يوسف رح لانه هو المتفاهم عند الاطلاق وعند محمد رح
منقطع الحاج لما روي ان رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فامره رسول الله صلعم
ان يحمل عليه الحاج ولا يصرف الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء
وابن السبيل من كان له مال في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه فهذه جهات
الزكوة وللمالك ان يدفع الزكوة الى كل واحد منهم وله ان يقتصر على صنف واحد
وقال الشافعي رح لا يجوز الا ان يصرف الى ثلثة من كل صنف لان الاضافة
بحرف اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات
الاستحقاق وهذا لما عرف ان الزكوة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف
فلا يبالي باختلاف جهاته والذي ذهبنا اليه مروي عن عمر وابن عباس رض ولا يجوز
ان يدفع الزكوة الى ذمي لقوله عم لمعاذ خذها من اغنيائهم وردها الى فقرائهم
ويدفع اليه ما سوى ذلك من الصدقة وقال الشافعي رح لا يدفع وهو رواية عن
ابي يوسف اعتبارا بالزكوة ولنا قوله عم تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث
معاذ لقلنا بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام
التمليك وهو الركن ولا يقضى بها دين ميت لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك

منه لا سيما من الميت ولا يشتري بها رقبة تعتق خلافا لمالك ذهب اليه تاويل قوله تعالى وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك ولا يدفع الى غني لقوله عم لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي في غني الغزاة وكذا حديث معاذ على ما روينا قال ولا يدفع المزكي زكوته الى ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع الاملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع عادة ولا تدفع المرأة الى زوجها عند ابي حنيفة لما ذكرنا وقالا تدفع لقوله عم لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود وقد سألته عن التصدق قلنا انه محمول على النافلة قال ولا يدفع الى مدبره ومكاتبه وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة رح لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف امرأة الغني لانها ان كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة ولا يدفع الى بني هاشم لقوله عم يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة ايدي الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض اما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب ومواليهم اما هؤلاء فلانهم ينسبون الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه فاما مواليهم فلما روي ان مولى لرسول الله صلعم سأله اتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لانه القياس والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة ومحمد رح اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع في ظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف عليه الاعادة لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب ولهما حديث معن بن يزيد فانه عم قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقة ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فينبني الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة وعن ابي حنيفة رح

في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع وفي اكبر رأيه انه مصرف اما اذا شك ولم يتحر او تحرى فدفع وفي اكبر رأيه انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال كان لان الغنى الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء شرط الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف لان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر لا يجوز لان الغنى قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الغنى حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن صلى وبقربه نجاسة قال وان يغني بها انسانا احب اليّ معناه الاغناء عن السؤال في يومه ذلك لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد وانما تفرق صدقة كل قوم فيهم لما روينا من حديث معاذ وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده ولما فيه من الصلة وزيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزاهم وان كان مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده اما وجوبها فلقوله عم في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العذري ومثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة واليسار لقوله عم لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي في قوله يجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لان تقدير الغنى في الشرع به فاضلا عما ذكرنا من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة الاصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رض قال فرض رسول الله صلعم زكوة الفطر على الذكر والانثى الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانه يضاف اليه يقال زكوة الرأس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا يتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب

قال الامام حميد الدين الضرير العدوي بالعين والدال المهملتين اصح منسوب الى بني عدوة اسم قبيلة والعدوي منسوب الى عدي وهو جده وهو اهل الحديث يتقولونه كنيته ابو الحمل العذري في ظلم القلب والله اعلم الخبير

رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كأولاده الصغار لأنه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا إذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار فإن كان لهم مال يؤدي من مالهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد لأن الشرع أجراه مجرى المؤنة فأشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فإنه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن أولاده الكبار وإن كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو أدى عنهم وعن زوجته بغير أمرهم أجزأهم استحسانا لثبوت الإذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وأم الولد ولاية المولى ثابتة عليهما فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فإن عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي إلى الثناء والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند أبي حنيفة وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الأشقاص بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالإجماع لأنه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما ويؤدي المسلم عن عبده الكافر لإطلاق ما روينا ولقوله عم في حديث ابن عباس رض أدوا عن كل حر وعبد يهودي أو نصراني أو مجوسي الحديث ولأن السبب قد تحقق والمولى من أهله وفيه خلاف الشافعي لأن الوجوب عنده على العبد وهو ليس من أهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا وأحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له العبد معناه إذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر على من له الخيار لأن الولاية له وقال الشافعي على من له الملك لأنه من وظائفه كالنفقة ولنا أن الملك موقوف لأنه لو رد يعود إلى قديم ملك البائع ولو أجيز ثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتني عليه بخلاف النفقة لأنها للحاجة الناجزة فلا يقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف

فصل في مقدار الواجب ووقته الفطرة نصف صاع من بر أو دقيق أو سويق أو زبيب أو صاع من تمر أو شعير وقال أبو يوسف ومحمد الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن أبي حنيفة والأول رواية الجامع الصغير وقال الشافعي من جميع

ذلك

ذلك صاع لحديث أبي سعيد الخدري قال كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله صلعم ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما في الزبيب أنه والتمر يتقاربان في المقصود وله أنه والبر يتقاربان في المعنى لأنه يؤكل كل واحد منهما ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر أما ما يتخذ من الشعير كالشعير والأولى أن يراعى فيهما القيمة والقدر احتياطا وإن نص على الدقيق في بعض الأخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن أبي حنيفة وعند محمد رح أنه يعتبر كيلا والدقيق أولى من البر والدراهم أولى من الدقيق فيما يروى عن أبي يوسف وهو اختيار أبي جعفر لأنه أدفع للحاجة وأعجل به وعن أبي بكر الأعمش تفضيل الحنطة لأنه أبعد من الخلاف إذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي رح والصاع عند أبي حنيفة ومحمد ثمانية أرطال بالعراقي وقال أبو يوسف خمسة أرطال وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله عم صاعنا أصغر الصيعان ولنا ما روي أن النبي عم كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال وهكذا كان صاع عمر رض وهو أصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي **قال** ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الأخير من رمضان حتى إن من أسلم أو ولد ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه أو ولده له أنه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا أن الإضافة للاختصاص واختصاص الفطر باليوم دون الليل والمستحب أن يخرج الناس الفطرة قبل الخروج إلى المصلى لأنه عم كان يخرج الفطرة قبل أن يخرج ولأن الأمر بالإغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلوة وذلك بالتقديم فإن قدموها على يوم الفطر جاز لأنه أدى بعد تقرر السبب فأشبه التعجيل في الزكوة ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وإن أخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم إخراجها لأن وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الأداء فيها بخلاف الأضحية

كتاب الصوم

الصوم ضربان واجب ونفل فالواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين فيجوز بنية من الليل وإن لم ينو حتى أصبح أجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي لا يجزيه اعلم أن صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الإجماع ولهذا يكفر جاحده

والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب لوجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه ونفسره ان شاء الله تعالى ووجه قوله في الخلافية قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فسد الثاني ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجزى عنده ولنا قوله عليه السلام بعد ما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى فتترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الحج والصلوة لانهما اركان فيشترط قرانها بالعقد على ادائهما وبخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم توجد اقترانها بالاكثر فترجحت جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى لا الى وقت الزوال فتشترط النية قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتادى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر وقال الشافعي في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد لان الرخصة كيلا تلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة اذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه في الحال وتخيره في صوم رمضان الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احديهما انه ما صرف الوقت الى الاهم قال والضرب الثاني ما ثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا

لمالك فانه يتمسك باطلاق ما روينا ولنا قوله عليه السلام بعد ما كان يصبح غير صائم اني اذا لصائم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي يجوز ويصير صائما من حين نوى اذ هو متجزى عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك في اول النهار وعندنا يصير صائما من اول النهار لانه عبادة قهر النفس وانما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية باكثره

فصل في رؤية الهلال

قال وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان رأوه صاموا وان غم عليهم اكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ثم صاموا لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينقل عنه الا بدليل ولم يوجد ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه عندنا لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي عن واجب آخر وهو مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب وقيل يجزيه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يتقدم بكل صوم بخلاف صوم يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك الاجابة يلازم كل صوم والكراهة ههنا لصورة النهي والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بيومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم ان وافق صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذلك اذا صام ثلثة من آخر الشهر فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل الصوم افضل اقتداء بعلي وعائشة رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة يعني تهمة العصيان الذي دل عليه قوله عليه السلام من صام يوم الشك فقد عصى ابا القاسم

والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصومه
ان كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى
انه ان وجد غداء غدا يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية
بان ينوي ان كان غدا من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب
اخر وهذا مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر انه من رمضان اجزأه لعدم
التردد في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب آخر لان الجهة لم تثبت
للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء لشروعه
فيه مسقطا وان نوى عن رمضان ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره
لانه ناو للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزأه عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز
عن نفله لانه يتأدى باصل النية ولو افسده يجب ان لا يقضيه لدخول الاسقاط
في عزيمته من وجه قال ومن رأى هلال رمضان وحده صام وان لم يقبل الامام
شهادته لقوله عم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته وقد رأى ظاهرا وان افطر
فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي عليه الكفارة ان افطر بالوقاع لانه
افطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا ان القاضي رد شهادته
بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات
ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه ولو اكمل هذا الرجل ثلثين
يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك في تأخير الافطار
ولو افطر فلا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده قال واذا كان بالسماء علة قبل
الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امرأة حرا كان او عبدا
لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظة الشهادة وتشترط
العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتأويل قول الطحاوي عدلا كان او غير
عدل ان يكون مستورا والعلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل
المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية لانه خبر وعن ابي حنيفة انها
لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان الشافعي في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه
ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان
ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد وصاموا ثلثين يوما لا يفطرون فيما روى
الحسن عن ابي حنيفة للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد انهم
يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وان
كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة

القابلة واذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم
لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون
جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر
فيتفق للبعض النظر ثم قيل في حد الكثرة اهل المحلة وعن ابي يوسف خمسون رجلا
اعتبارا بالقسامة ولا فرق بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر
الطحاوي انه تقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه
الاشارة في كتاب الاستحسان وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر
ومن رأى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم الاحتياط في
الايجاب واذا كان بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين او
رجل وامرأتين لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فاشبه سائر حقوقه والاضحى
كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما روي عن ابي حنيفة انه كهلال
رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي وان لم يكن بالسماء
علة لم تقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا ووقت الصوم
من حين طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس لقوله تع وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم
الخيط الابيض من الخيط الاسود الى ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان
بياض النهار وسواد الليل والصوم هو الامساك عن الطعام والشراب والجماع
نهارا مع النية في الشرع لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال
الا انه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا
ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف العادة
وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق
النساء **باب ما يوجب القضاء والكفارة** واذا اكل الصائم او شرب
او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك لوجود ما يضاد
الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلوة وجه الاستحسان قوله عم للذي اكل وشرب
ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في
حق الاكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لان
هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم ولا فرق بين النفل
والفرض لان النص لم يفصل ولو كان مخطئا او مكرها فعليه القضاء خلافا
للشافعي فانه يعتبره بالناسي ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب
ولان النسيان من قبل من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد

والمريض في قضاء الصلوات فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عم ثلث لا يفطرن
الصائم القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه وهو
الانزال عن شهوة بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امرأة فامنى لما بينا وصار
كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني بالكف على ما قالوا او لو ادهن لم يفطر لعدم المنافي
وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر لانه ليس بين العينين والدماغ
منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل في المسام لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء
البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف
الرجعة والمصاهرة لان الحكم هناك ادير على السبب على ما يأتي في موضعه ان شاء الله
ولو انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود المنافي
صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية
لانها تندرئ بالشبهات كالحدود ولا بأس بالقبلة اذا امن على نفسه اي
الجماع او الانزال ويكره ان لم يأمن لان عينه ليس بمفطر وربما يصير فطرا
بعاقبته فان امن يعتبر عينه وابيح له وان لم يأمن يعتبر عاقبته وكره له والشافعي
اطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرنا والمباشرة الفاحشة مثل التقبيل في ظاهر الرواية
وعن محمد انه كره المباشرة الفاحشة لانه قلما يخلو عن الفتنة ولو دخل في حلقه
ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر الى جوفه
وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع
الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان واختلفوا في المطر والثلج والاصح انه يفسد
لامكان الامتناع عنه اذا اواه خيمة وسقف ولو اكل لحما بين اسنانه
لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر
حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا ان القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه
بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها
قليل وان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه كما روي عن محمد ان
الصائم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد
صومه ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون
الكفارة عند ابي يوسف وعند زفر عليه الكفارة ايضا لانه طعام متغير ولابي
يوسف انه تعافه الطبع فان ذرعه القيء لم يفطر لقوله عم من قاء فلا قضاء عليه
ومن استقاء عمدا فعليه القضاء ويستوي فيه ملء الفم وما دونه فلو عاد
وكان ملء الفم فعند ابي يوسف لانه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل

وعند محمد

وعند محمد لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به
عادة وان اعاد فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فتتحقق صورة الفطر وان
كان اقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال
وان اعاده فكذلك عند ابي يوسف لعدم الخروج وعند محمد يفسد صومه لوجود
الصنع منه في الادخال فان استقاء عمدا ملء فيه فعليه القضاء لما روينا
والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وان كان اقل من ملء
الفم فكذلك عند محمد لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف لا يفسد لعدم الخروج
حكما ثم ان عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج وان اعاده فعنه انه
لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه بملء الفم لكثرة الصنع قال ومن
ابتلع الحصاة او النواة او الحديد افطر لوجود الفطر صورة ولا كفارة عليه لعدم
المعنى ومن جامع عامدا في احد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة
الفائتة والكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا
بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه وانما ذلك شبع وعن ابي حنيفة انه
لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح انها تجب لان
الجناية متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل
او لم ينزل خلافا للشافعي لان الجناية متكاملها بقضاء الشهوة في محل
مشتهى ولم يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة
وقال الشافعي في قول لا تجب عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله وانما
هي محل الفعل وفي قول يتحمل الرجل عنها اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله عم
من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الذكور والاناث ولان
السبب جناية الافساد لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل عنها
لانها عبادة عنهما او عقوبة ولا يجري فيهما التحمل ولو اكل او شرب
ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي لا كفارة
عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة
فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان
على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة غير
مكفرة لهذه الجناية ثم قال الكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا والحديث
الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت فقال ماذا صنعت
فقال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا فقال اعتق رقبة فقال لا

أملك أتأمرني بهذه فقال صم شهرين متتابعين فقال هل جاءني ما جاءني إلا من الصوم
فقال أطعم ستين مسكينا فقال لا أجد فأمر رسول الله صلعم أن يؤتى بعرق
من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال
والله ما بين لابتي المدينة أحد أحوج مني ومن عيالي فقال كل أنت وعيالك
يجزيك ولا يجزي أحدا بعدك وهو حجة على الشافعي في قوله يخير لأن مقتضاه
الترتيب وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج
فأنزل فعليه القضاء لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدامه صورة وليس
في إفساد صوم غير رمضان كفارة لأن الإفطار في رمضان أبلغ في الجناية
فلا يلحق به غيره ومن احتقن أو استعط أو أقطر في أذنه أفطر لقوله عم الفطر مما
دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن إلى الجوف ولا كفارة عليه
لانعدامه صورة ولو أقطر في أذنه الماء أو دخله لا يفسد صومه لانعدام المعنى
والصورة بخلاف ما إذا دخله الدهن وإن داوى جائفة أو آمة بدواء
فوصل إلى جوفه أو دماغه أفطر عند أبي حنيفة والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر
لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه أخرى كما في اليابس
من الدواء وله أن رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا إلى الأسفل
فيصل إلى الجوف بخلاف اليابس لأنه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو أقطر
في إحليله لم يفطر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه
فكأنه وقع عند أبي يوسف أن بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج البول ووقع
عند أبي حنيفة أن المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه
ومن ذاق شيئا بفمه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من
تعريض الصوم على الفساد ويكره للمرأة أن تمضغ لصبيها الطعام إذا كان
لها منه بد لما بينا ولا بأس إذا لم تجد منه بدا صيانة للولد ألا ترى أن لها أن
تفطر إذا خافت على ولدها ومضغ العلك لا يفطر الصائم لأنه لا يصل إلى جوفه
وقيل إذا لم يكن ملتئما يفسد لأنه لا يصل إليه بعض أجزائه وقيل إذا كان أسود
يفسد وإن كان ملتئما لأنه يتفتت إلا أنه يكره للصائم لما فيه من تعريض
الصوم على الفساد ولأنه يتهم بالإفطار ولا يكره للمرأة إذا لم تكن صائمة لقيامه
مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل إذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب
لما فيه من التشبه بالنساء ولا بأس بالكحل ودهن الشارب لأنه نوع ارتفاق
وهو ليس من محظور الصوم وقد ندب عم إلى الاكتحال يوم عاشوراء وإلى الصوم فيه

ولا بأس

ولا بأس بالاكتحال للرجال إذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب
إذا لم يكن من قصده الزينة لأنه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية إذا كانت
بقدر المسنون وهو القبضة ولا بأس بالسواك بالغداة والعشي لقوله عم خير
خلال الصائم السواك من غير فصل وقال الشافعي يكره في العشي لأن فيه إزالة
الأثر المحمود وهو الخلوف فأشبه دم الشهيد قلنا هو أثر العبادة والأليق به
الإخفاء بخلاف دم الشهيد لأنه أثر الظلم ولا فرق بين الرطب والأخضر وبين
المبلول بالماء لما روينا

فصل ومن كان مريضا في رمضان فخاف إن صام
ازداد مرضه أفطر وقضى وقال الشافعي لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك أو فوات
العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول إن زيادة المرض وامتداده قد يفضي إلى الهلاك
فيجب الاحتراز عنه وإن كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه أفضل
وإن أفطر وقضى جاز لأن السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف
المرض فإنه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا إلى الحرج وقال الشافعي الفطر
أفضل لقوله عم ليس من البر الصيام في السفر ولنا أن رمضان أفضل الوقتين
فكان الأداء فيه أولى وما رواه محمول على حالة الجهد وإذا مات المريض
أو المسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء لأنهما لم يدركا عدة من أيام
أخر ولو صح المريض وأقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والإقامة
لوجود الإدراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالإطعام وذكر الطحاوي
فيه خلافا بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد وليس بصحيح وإنما الخلاف
في النذر والفرق لهما أن النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي
هذه المسألة السبب إدراك العدة فيتقدر بقدر ما أدرك وقضاء رمضان إن شاء
فرقه وإن شاء تابعه لإطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة إلى إسقاط
الواجب وإن أخره حتى دخل رمضان آخر صام الثاني وقضى الأول بعده لأنه
وقت القضاء ولا فدية عليه لأن وجوب القضاء على التراخي حتى كان له أن
يتطوع والحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما أو ولديهما أفطرتا وقضتا دفعا
للحرج ولا كفارة عليهما لأنه إفطار بعذر ولا فدية عليهما خلافا للشافعي فيما إذا
خافت على الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا أن الفدية في الشيخ الفاني بخلاف
القياس والفطر بسبب الولد ليس في معناه لأنه عاجز بعد الوجوب والولد
لا وجوب عليه أصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم
لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والأصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه

الرطب

وهو الصحيح

فدية وقيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم بطل حكم الفداء لان شرط الخلفية
استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم
مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في اخر عمره
فصار كالشيخ الفاني ثم لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الزكوة
هو يعتبره بديون العباد وكل ذلك حق مالي تجري فيه النيابة ولنا انه عبادة
ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم
هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة كالصوم باستحسان المشايخ
وكل صلوة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عم لا يصوم
احد عن احد ولا يصلي احد عن احد ومن دخل في صلوة التطوع او في صوم التطوع ثم
افسده قضاه خلافا للشافعي له انه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به
ولنا ان المؤدى قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي
يجب القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح له الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين
لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله عم افطر واقض يوما مكانه واذا بلغ الصبي
او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء لحق الوقت بالتشبه
ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب
والاهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوة
لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء فوجدت الاهلية عنده وفي الصوم الجزء
الاول والاهلية منعدمة عنده وعن ابي يوسف انه اذا زال الكفر او الصبا قبل
الزوال فعليهما القضاء لانهما ادركا وقت النية وجه الظاهر ان الصوم
لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع في
هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس من اهل التطوع ايضا
والصبي اهل له واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى
الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان
في رمضان فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية الا ترى انه لو كان
مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى
الا انه اذا افطر في المسئلتين لا يلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه
في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك
المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام النية وان
اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك

لا يقضي

لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان يتأدى عنده بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا
لا بد من النية لكل يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان
للعبادة بخلاف الاعتكاف ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض
يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التأخير لا في الاسقاط ومن جن
رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك هو يعتبره بالاغماء ولنا ان المسقط هو الحرج
والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعب فيتحقق الحرج
وان افاق في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي هما يقولان لم يجب عليه
الاداء لانعدام الاهلية والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب ولنا ان السبب
قد وجد وهو الشهر والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا
على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في
الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل هذا في ظاهر الرواية وعن محمد انه
فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما اذا بلغ
عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتأخرين ومن لم ينو في رمضان كله لا صوما ولا
فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر يتأدى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم
لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب
من الفقير ولنا ان المستحق هو الامساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية
وفي هبة النصاب وجدت نية القربة على ما مر في الزكوة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل
فلا كفارة عليه عند ابي حنيفة وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية عنده
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان
التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع
اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت المرأة او نفست افطرت وقضت بخلاف
الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر في الصلوة واذا قدم المسافر او طهرت
الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال الشافعي لا يجب الامساك
وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في اول اليوم هو يقول
ان التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا
ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت اصلا لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض
والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار
لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع
فاذا هو طالع او افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب

الحجى بالفتح والمد ... وملازم او ... وعقل معنا سنة وحجى مكسور اخر

المجنون

امسك في رمضان ولم ينو لا صوما ولا فطرا

امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قول عمر رضه ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وحد بيناه في الصلوة ثم التسحر مستحب لقوله عم تسحروا فان في السحور بركة والمستحب تاخيره لقوله عم ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك الا انه اذا شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين فالافضل ان يدع تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل هو الليل وعنه اي عن ابي حنيفة اذا كان في موضع لا يستبين الفجر او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا ياكل ولو اكل فقد اساء لقوله عم دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رايه ان الفجر طالع فعليه قضاؤه عملا بغالب الرائي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال الا بمثله فلو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا يتحقق العمدية ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل فان كان اكبر رايه انه اكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي ان تجب عليه الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو النهار ومن اكل في رمضان ناسيا فظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس فيتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انها تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة وجه الاول انها لا تجب لقيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس فلا تنتفي بالعلم كوطي الاب جارية ابنه ولو احتجم فظن ان ذلك يفطره ثم اكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه فقيه بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد لان قول الرسول عم لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تاويله تجب عليه الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعد ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان لان الفطر يخالف القياس والحديث متاول بالاجماع

واذا جومعت

واذا جومعت النائمة او المجنونة وهي صائمة فعليها القضاء دون الكفارة وقال زفر والشافعي رح لا قضاء عليها اعتبارا بالناسي والعذر هنا ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان يغلب وجوده وهذا نادر فلا تجب الكفارة لانعدام الجناية

فصل فيما يوجبه على نفسه

واذا قال لله تعالى علي صوم يوم النحر افطر وقضى فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي هما يقولان نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كما التزمه وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسئلة على وجوه ستة ان لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان نواهما يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف ان النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافي بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي صوم هذه السنة افطر يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين لكنه يشترط التتابع لان المتابعة لا تعرى عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان ويتاتى في هذا خلاف زفر والشافعي للنهي عن الصوم فيها وهو قوله عم الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام لان الاصل فيما يلتزمه الكمال والمؤدي ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها لانه التزم بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم قال وعليه كفارة يمين ان اراد يمينا وقد سبق وجهه ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر فلا شيء عليه وعن ابي يوسف رح في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع ملزم كالنذر فصار كالشروع في الصلوة في الوقت

لاثم ح

بلغ

مكروه والعرف لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع في الصوم سمي صائما
حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب
ولا بنفس الشروع في الصلوة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على
الصلوة فيجب صيانة المؤدي فيكون مضمونا بالقضاء وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
لا يجب القضاء في فصل الصلوة ايضا والاظهر هو الاول

باب الاعتكاف

الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي عم واظب عليه في
العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع
الصوم ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به
والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي والنية شرط في العبادات هو يقول
ان الصوم عبادة هو اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عم لا اعتكاف
الا بصوم والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط
لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة لظاهر
ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل منه يوم وفي رواية الاصل وهو قول محمد
اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة الا ترى انه يقعد في
صلوة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء في
رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه لانه
مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رض
لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن ابي حنيفة انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات
الخمس لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان يؤدى فيه اما المراة تعتكف في
مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلوتها فيتحقق انتظارها فيه ولا يخرج من المسجد
الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة فلحديث عائشة رض كان النبي عم لا يخرج
من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها فلا بد من الخروج في قضائها
فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة
يتقدر بقدرها واما الجمعة فلانها من اهم حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي
الخروج اليها مفسد لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف
في كل مسجد مشروع فاذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين
تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت
يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا والاربع سنة والركعتان
تحية المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسننها

توابع لها فالحقت بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه
موضع للاعتكاف الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين
من غير ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة لغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة لوجود
المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكون اكثر من نصف يوم وهو الاستحسان
لان في القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب يكون في معتكفه لان النبي عم
لم يكن له ماوى الا في المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة
الى الخروج ولا باس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان يحضر السلعة لانه
قد يحتاج الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعة
للبيع والشرى لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره لغير المعتكف
البيع والشرى فيه لقوله عم جنبوا مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم وشراءكم
ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة في شرعنا لكنه
يتجانب ما يكون ماثما ويحرم على المعتكف الوطي لقوله تعالى ولا تباشروهن
وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ
هو محظور كما في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعدى الى
دواعيه فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل
محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان
ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس فانزل بطل اعتكافه لانه
في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل لم يفسده وان كان محرما لانه
ليس في معنى الجماع وهو المفسد فلهذا لا يفسد به الصوم قال ومن اوجب على
نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع
يتناول ما بازائها من الليالي يقال ما رايتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت
متتابعة وان لم يشترط التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان
الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالي
غير قابلة للصوم فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع وان نوى الايام خاصة
صحت نيته لانه نوى الحقيقة ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين يلزمه
بليلتيهما وقال ابو يوسف لا تدخل الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسط
ضرورة الاتصال وجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر
العبادة

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء
اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله

الى حين عودته وكان الطريق آمنا وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت
فرضيته بالكتاب والسنة وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الآية ولا يجب
في العمر الا مرة واحدة لانه عم قيل له الحج في كل عام ام مرة فقال لا بل مرة فما
زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب
على الفور عند ابي يوسف وعن ابي حنيفة رح ما يدل عليه وعن محمد والشافعي على التراخي
لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة وجه الاول انه يختص بوقت
خاص والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل
بخلاف وقت الصلوة لان الموت في مثله نادر وانما شرط الحرية والبلوغ
لقوله عم ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام وايما صبي حج
عشر حجج فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة عن
الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العاجز دونها لازم
والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند ابي حنيفة
خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلوة واما المقعد فعن ابي حنيفة انه يجب عليه لانه مستطيع
بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد انه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه
بخلاف الاعمى لانه لو هدي يؤدي بنفسه فاشبه الضال عنه ولا بد من القدرة على الزاد
والراحلة وهو قدر ما يكترى به شق محمل او رأس راحلة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا
لانه عم سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري عقبة
فلا شيء عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان في الركوب لم يوجد الراحلة في جميع السفر ويشترط
ان يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه لان
هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن
نفقة عياله الى حين عودته لان النفقة حق مستحق للمرأة وحق العبد مقدم على
حق الشرع بامره وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ومن حولهم الراحلة
لانه لا يلحقهم مشقة زائدة في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة ولا بد من امن الطريق
لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه
الايصاء وهو مروي عن ابي حنيفة رح وقيل هو شرط الاداء دون الوجوب
لانه عم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير ويعتبر في المرأة ان يكون لها محرم
تحج به او زوج ولا يجوز لها ان تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام وقال
الشافعي يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول
الامن بالمرافقة ولنا قوله عم لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولان بدون المحرم

يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان
معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة ايام لانه يباح
لها الخروج الى ما دون السفر بغير محرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها
وقال الشافعي له ان يمنعها لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج
لا يظهر في حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا كان له ان يمنعها ولو
كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج مع
كل محرم الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي
والمجنون لانه لا يتأتى منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة
حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى اداء الحج
واختلفوا ان المحرم شرط الوجوب ام شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن
الطريق واذا بلغ الصبي بعد ما احرم او اعتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة
الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبي
الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لا يجوز لان
احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع
في غيره

فصل

والمواقيت التي لا يجوز للانسان ان يتجاوزها الا محرما ستة
لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام الجحفة ولاهل
نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله صلعم هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة
التأقيت المنع من تأخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الآفاقي
اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد
عندنا لقوله عم لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه
البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما ومن كان داخل الميقات له ان
يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين
فصار كاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام بخلاف
ما اذا قصد اداء النسك لانه يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم الاحرام على هذه
المواقيت جاز لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان يحرم بهما من دويرة
اهله هكذا قاله علي رض وابن مسعود والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج
مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة انما يكون افضل اذا كان
يملك نفسه ان يقع في محظوره ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل
الذي بين المواقيت والحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات

الى الحرم مكانٌ واحد ومن كان بمكة فميقاته في الحج الحرم وفي العمرة الحل لان النبي عم
امر اصحابه بان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر اخا عائشة ان يعمرها من
التنعيم وهي في الحل ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم
ليتحقق بينهما نوع سفر واداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم
افضل لورود الاثر به **باب الاحرام** واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ
والغسل افضل لما روي انه عم اغتسل للاحرام لانه للتنظيف حتى يؤمر به
الحائض وان لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل
افضل لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عم اختاره ولبس ثوبين جديدين
او غسيلين ازارا ورداء لانه عم ائتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع عن لبس
المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد افضل
لانه اقرب الى الطهارة **قال** ومس طيبا ان كان له وعن محمد انه يكره ان يتطيب
بما يبقى عينه بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام
ووجه المشهور حديث عائشة رض قالت كنت اطيب رسول الله صلعم لاحرامه
قبل ان يحرم والممنوع عنه التطيب بعده والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف
الثوب لانه مباين عنه **قال** وصلى ركعتين لما روى جابر ان النبي عم صلى بذي
الحليفة ركعتين عند احرامه **قال** وقال اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني
لان اداءها في ازمنة متفرقة واماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل
التيسير وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها يسيرة واداؤها عادة
متيسر **قال** ثم يلبي عقيب صلوته لما روي انه عم لبى في دبر صلوته وان لبى بعد ما استوى
على راحلته جاز ولكن الاول افضل لما روينا وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته
الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك
لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك لبيك وقوله
ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة
لدعاء الخليل عم على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات
لانه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي رح
في رواية الربيع عنه اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان في
اجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وابي هريرة زادوا على المأثور ولان المقصود الثناء
واظهار العبودية فلا يمنع من الزيادة عليه **قال** واذا لبى فقد احرم يعني اذا
نوى لان العبادة لا تتأتى الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها

في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية
خلافا للشافعي رح لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلوة ويصير
شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا
هو المشهور عن اصحابنا والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما ان باب الحج
اوسع من باب الصلوة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية
وغير العربية **قال** ويتقي ما نهى الله عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل
فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث
الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهي
في حالة الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين
في تقديم وقت الحج وتأخيره ولا يقتل صيدا لقوله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم
حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه لحديث ابي قتادة انه اصاب حمار وحش
وهو حلال واصحابه محرمون فقال عم لاصحابه هل اشرتم هل دللتم هل اعنتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده
من الاعين **قال** ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامة ولا خفين الا ان لا يجد نعلين
فيقطعهما اسفل من الكعبين لما روي انه عم نهى ان يلبس المحرم من هذه الاشياء
وقال في آخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين والكعب هنا
المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك فيما روى هشام عن محمد رح
ولا يغطي رأسه ولا وجهه وقال الشافعي رح يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عم احرام
الرجل في رأسه واحرام المرأة في وجهها ولنا قوله عم لا تخمروا وجهه ولا رأسه
فانه يبعث يوم القيامة ملبيا قاله في محرم توفي ولان المرأة لا تغطي وجهها مع
ان في الكشف فتنة فالرجل بطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق في تغطية
الرأس بين الرجل والمرأة ويمس طيبا لقوله عم الحاج الشعث التفل
وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق رأسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا
رؤسكم ولا يقص لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء
التفث ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا عصفر ولا زعفران لقوله عم
لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس الا ان يكون غسيلا لا ينفض
لان المنع للطيب لا للون وقال الشافعي رح لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له
ولنا ان له رائحة طيبة **قال** ولا بأس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رض اغتسل
وهو محرم ولا بأس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك يكره ان يستظل بالفسطاط

اُمِنَ

مُحرِمًا

وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الرأس ولنا ان عثمان رض كان يضرب له
الفسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت
استار الكعبة حتى غطاه ان كان لا يصيب رأسه او وجهه فلا بأس به لانه
استظلال ولا بأس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك يكره اذا كان
فيه نفقة غيره لانه لا ضرورة ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه
الحالتان ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الرأس
ويكثر من التلبية عقيب كل صلوة وكلما علا شرفا او هبط واديا او لقي
ركبانا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلعم كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية
في الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال
ويرفع صوته بالتلبية لقوله عم افضل الحج العج والثج اسالة الدم لهديا
والعج رفع الصوت بالتلبية قال واذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد لما روي ان النبي عم
لما دخل مكة ابتدأ المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه ولا يضره ليلا
دخلها او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما واذا عاين البيت كبر وهلل
وكان ابن عمر رض يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد لم يعين في
الاصل لمشاهد الحاج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك
بالمنقول منها فحسن قال ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل لما روي
انه عم دخل المسجد فابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع يديه
لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها استلام الحجر قال
واستلمه ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما لما روي انه عم قبل الحجر الاسود
ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رض انك رجل أيد تؤذي الضعيف فلا تزاحم
الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر
ولان الاستلام سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه ان يمس
الحجر شيئا في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه عم طاف على
راحلته واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله
وصلى على النبي عم قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه قبل ذلك
فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عم استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي
الباب وقد اضطبع فطاف بالبيت سبعة اشواط والاضطباع ان يجعل رداءه
تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله صلعم
ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم الموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت

اي كسر وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله عم في حديث عائشة رض فان الحطيم
من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت
لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلوة لان فرضية التوجه ثبتت
بنص الكتاب فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف
ان يكون وراءه قال ويرمل في الثلث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في
مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه
اظهار الجلد للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب
في زمن النبي عم وبعده ويمشي في الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة
نسك رسول الله صلعم والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل رسول الله صلعم
فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى
يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل منه ويستلم الحجر
كلما مر ان استطاع لان اشواط الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح كل
ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع الاستلام استقبل
وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد رح
انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عم كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما
ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين
او حيث تيسر له من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي سنة لانعدام دليل
الوجوب ولنا قوله عم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب
ثم يعود الى الحجر فيستلم لما روي ان النبي عم لما صلى ركعتين عاد الى الحجر فاستلمه
والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بها
بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي وهذا
الطواف القدوم ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب وقال مالك هو
واجب لقوله عم من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله تعالى امر بالطواف
والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه
سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس على اهل مكة طواف القدوم لانعدام
القدوم في حقهم ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر ويهلل
ويصلي على النبي عم ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته لما روي ان النبي عم صعد
الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله ولان الثناء
والصلوة يقدمان على الدعاء تقربا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع

سنة الدعاء، وإنما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى منه لأن الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج إلى الصفا من أي باب شاء وإنما خرج النبي عم من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا لأنه كان أقرب الأبواب إلى الصفا لا أنه سنة

ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فإذا بلغ بطن الوادي يسعى بين الميلين الأخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي أنه عم نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى إذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة فطاف بينهما سبعة أشواط قال وهذا شوط فيطوف سبعة أشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا وإنما يبدأ بالصفا لقوله عم ابدؤوا بما بدأ الله به

ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال الشافعي إنه ركن لقوله عم إن الله كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه أن يطوف بهما ومثله يستعمل للإباحة فينفي الركنية والإيجاب إلا أنا عدلنا عنه في الإيجاب ولأن الركنية لا تثبت إلا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت الآية

ثم يقيم بمكة حراما لأنه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الإتيان بأفعاله ويطوف بالبيت كلما بدا له لأنه يشبه الصلوة قال عم الطواف بالبيت صلوة والصلوة خير موضوع فكذا الطواف إلا أنه لا يسعى عقيب هذه الأطوفة في هذه المدة لأن السعي لا يجب فيه إلا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل أسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا

وإذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الإمام خطبة يعلم الناس فيها الخروج إلى منى والصلوة بعرفات والوقوف والإفاضة

والحاصل أن في الحج ثلث خطب أولها ما ذكرنا والثانية بعرفات والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر يخطب في ثلثة أيام متواليات أولها يوم التروية لأنها أيام الموسم ومجتمع الحاج ولنا أن المقصود منها التعليم ويوم التروية ويوم النحر يوم اشتغال فكان ما ذكرناه أنفع وفي القلوب أنجع

فإذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج إلى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة لما روي أن النبي عم صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح إلى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح إلى عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا إلى عرفات ومر بمنى أجزأه لأنه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم إقامة نسك ولكنه

أساء

أساء في تركه الاقتداء برسول الله صلعم ثم يتوجه إلى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الأولوية أما لو دفع قبله جاز لأنه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في الأصل وينزل بها مع الناس لأن الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والإجابة في الجمع أرجى وقيل مراده أن لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة فإذا زالت الشمس صلى الإمام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة يعلم الناس فيها الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة كما في الجمعة هكذا فعل رسول الله صلعم وقال مالك يخطب بعد الصلوة لأنها خطبة وعظ وتذكير فأشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولأن المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب إذا صعد الإمام المنبر فجلس أذن المؤذنون كما في الجمعة وعن أبي يوسف أنه يؤذن قبل خروج الإمام وعنه أنه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لأن النبي عم لما خرج واستوى على ناقته أذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لأنه أوان الشروع في الصلوة فأشبه الجمعة ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر بأذان وإقامتين وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين وفيما روى جابر أن النبي عم صلاهما بأذان وإقامتين ثم بيانه أنه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لأن العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد بالإقامة إعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو أنه فعل فعل مكروها وأعاد الأذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد لأن اشتغاله بالتطوع أو بعمل آخر يقطع فور الأذان الأول فيعيده للعصر فإن صلى بغير خطبة أجزأه لأن الخطبة ليست بفريضة

ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقته وهذا عند أبي حنيفة وقالا يجمع بينهما المنفرد لأن جواز الجمع للحاجة إلى امتداد الوقوف والمنفرد يحتاج إليه ولأبي حنيفة أن المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه إلا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع الإمام والتقديم لصيانة الجماعة لأنه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا في الموقف لا لما ذكر إذ لا منافاة ثم عند أبي حنيفة الإمام شرط في الصلوتين جميعا وقال زفر في العصر خاصة لأنه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الإحرام بالحج ولأبي حنيفة أن التقديم على خلاف القياس عرفنا شرعيته فيما إذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الإمام في حالة الإحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من الإحرام بالحج قبل الزوال

في رواية يقيدها بالاحرام على وقت الجمع وفي اخرى يكتفي بالتقديم على الصلوة لان
المقصود هو الصلوة قال ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه
عقيب انصرافهم من الصلوة لان النبي عم راح الى الموقف عقيب الصلوة
والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف الاعظم قال وعرفات كلها موقف
الا بطن عرنة لقوله عم عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة
كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر وينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته
لان النبي عم وقف على ناقته وان وقف على قدميه جاز والاول افضل
لما بينا وينبغي ان يقف مستقبل القبلة لان النبي عم وقف كذلك
وقال عم خير المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك
لانه عم كان يدعو يوم عرفة مادًّا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو بما شاء
وان ورد الاثار ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم
بعدة الناسك في عدة من المناسك بتوفيق الله تعالى وينبغي للناس ان يقفوا بقرب
الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا وينبغي ان يقفوا وراء الامام
ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية لان عرفة كلها موقف على
ما ذكر ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف ويجتهد في الدعاء اما الاغتسال
فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند
الاحرام واما الاجتهاد في الدعاء فلانه عم اجتهد في الدعاء في هذا الموقف
لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة
وقال مالك يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل
الاشتغال بالاركان ولنا ما روي ان النبي عم ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة
ولان التلبية كالتكبير في الصلوة فياتي بها الى آخر جزء من اجزاء الاحرام
فاذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى ياتوا مزدلفة لان
النبي عم دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان
عم يمشي على راحلته في الطريق على هينته فان خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم
يجاوز حدود عرفة اجزاه لانه لم يفض من عرفة والافضل ان يقف في
مقامه كيلا يكون آخذا في الاداء قبل وقتها فلو مكث قليلا بعد غروب
الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام فلا باس به لما روي ان عائشة رض
بعد افاضة الامام دعت بشراب فافطرت ثم افاضت فاذا اتى مزدلفة
فالمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي عم

خلفه

فيعوا اصله يوعيوا من الوعي يقال وعيت العلم اي حفظته

وقف

وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رضه ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة
فينزل عن يمينه او عن شماله ويستحب ان يقف وراء الامام لما بينا في
الوقوف بعرفة ويصلي الامام بالناس المغرب والعشاء باذان
واقامة واحدة وقال زفر باذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا
رواية جابر ان النبي عم جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء
في وقته فلا يفرد بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته
فافرد بها لزيادة الاعلام ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او
او تشاغل بشيء اعاد الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي ان يعيد
الاذان كما في الجمع الاول الا انا اكتفينا باعادة الاقامة لما روي ان
النبي عم صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء ولا تشترط
الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة
لان العصر مقدم على وقته ومن صلى المغرب في الطريق لم تجزه عند ابي ح
ومحمد رحه وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف تجزيه وقد اساء و
على هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف انه اداها في وقتها فلا تجب
اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التاخير من السنة فيصير تاركا لها ولهما ما روي ان
النبي عم قال لاسامة في طريق المزدلفة الصلوة امامك معناه وقت الصلوة
وهذا اشارة الى ان التاخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلوتين بالمزدلفة
وكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما فاذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع
فسقطت الاعادة واذا طلع الفجر صلى الامام بالناس الفجر بغلس لرواية
ابن مسعود ان النبي عم صلاها يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف
فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم وقف ووقف الناس معه ودعا لان النبي عم
وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رض فاستجيب له دعاؤه
لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه
بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي انه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر
الحرام وبمثله تثبت الركنية ولنا ما روي ان النبي عم قدم ضعفة اهله بالليل
ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وليس بركن بالاجماع وانما
عرفنا الوجوب بقوله عم من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل
ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه
اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة او كانت امراة تخاف الزحام

اي الى قوله يدعو ويعلم

الغلس هو الظلمة آخر الليل

لا شيء عليه لما روينا والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر لما روينا من قبل فاذا
طلعت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى ياتوا منى قال رضه هكذا
وقع في بعض نسخ المختصر وهذا غلط والصحيح انه اذا اسفر افاض الامام
والناس معه لان النبي عم دفع قبل طلوع الشمس قال ويبتدي بجمرة العقبة
فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصى الخذف لان النبي عم لما اتى
منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال النبي عم عليكم بحصى الخذف
لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى باكبر منها جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي
بالكبار من الاحجار كيلا يتاذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان
ما حولها موضع النسك والافضل ان يكون في بطن الوادي لما روينا ويكبر مع
كل حصاة كذا روى ابن مسعود وابن عمر ولو سبح مكان التكبير اجزاه
لحصول الذكر وهو من اداب الرمي ولا يقف عندها لان النبي عم لم يقف
عندها ويقطع التلبية مع اول حصاة كما روينا عن ابن مسعود وروى جابر
ان النبي عم قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة ثم كيفية الرمي
ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون
بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة اذرع كذا روى الحسن عنه الا ان ما دون
ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا اجزاه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفة
السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا
من الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه
لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى سبع حصيات جملة فهذه واحدة
لان المنصوص عليه تفريق الافعال ويأخذ الحصى من اي موضع شاء الا من
عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر
عنه عم به ومع هذا لو فعل اجزاه لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل
ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي لان المقصود فعل الرمي
وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى بالذهب والفضة لانه
يسمى نثارا لا رميا قال ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر لما روي عن رسول
الله صلعم انه قال ان اول نسكنا هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق
من اسباب التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق
من محظورات الاحرام فيقدم عليه الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي
ياتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد والحلق افضل لقوله عم رحم الله المحلقين

الحديث

الحديث ظاهر بالترحم عليهم قال كلمة الرحمة مرتين ولان الحلق اكمل في قضاء التفث
وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفي
في الحلق بربع الرأس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله عم
والتقصير ان ياخذ من رؤس شعره مقدار الانملة وقد حل له كل شيء الا النساء
وقال مالك الا الطيب ايضا لانه من دواعي الجماع ولنا قوله عم فيه حل له كل شيء
الا النساء وهو مقدم على القياس ولا يحل له الجماع فيما دون الفرج عندنا
خلافا للشافعي لانه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر الى تمام الاحلال ثم
الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي هو يقول انه يتوقت
بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا ان ما يكون محللا يكون
جناية في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية بخلاف الطواف لان التحلل
بالحلق السابق لا به قال ثم ياتي مكة من يومه ذلك او من الغد او من بعد
الغد فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي ان النبي عم لما حلق افاض الى مكة
فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى ووقته ايام النحر لان الله تعالى
عطف الطواف على الذبح قال الله تعالى فكلوا منها ثم قال وليطوفوا الآية
فكان وقتهما واحدا واول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من
الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه وافضل هذه الايام
اولها كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين الصفا
والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه
وان كان لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده لان السعي لم
يشرع الا مرة والرمل ما شرع الا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين
بعد هذا الطواف لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا
لما بينا وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف
الا انه اخر عمله في حق النساء وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه
اذ هو المأمور به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف
يوم النحر ويكره تاخيره عن هذه الايام لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها
لزمه الدم عند ابي حنيفة وسنبينه في باب الجنايات ان شاء الله تعالى ثم يعود الى منى
فيقيم بها لان النبي عم رجع اليها كما روينا ولانه بقي عليه الرمي وموضعه منى
واذا زالت الشمس في اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلث فيبتدي بالتي
تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي

التفث الوسخ بكسر ... اختر

الانملة بفتح الهمزة والميم وضمها ... جمعه انامل ... اختر

كذا في الاختيار

التي تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها
هكذا روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله صلعم مفسرا ويقف عند الجمرتين
في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي
على النبي عم ويدعو الله بحاجته ويرفع يديه لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع
مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد رفع الايدي بالدعاء وينبغي ان
يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف لان النبي عم قال اللهم اغفر للحاج
ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل ان كل رمي بعده رمي يقف عنده لانه في وسط
العبادة ويأتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة
قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة وفي يوم النحر ايضا واذا كان من الغد
رمى الجمار الثلث بعد زوال الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة
وان اراد ان يقيم رمى الجمار الثلث في يوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن
تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى والافضل ان يقيم
لما روي ان النبي عم صبر حتى رمى الجمار الثلث في اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع
الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف
الشافعي رح وان قدم الرمي في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر
جاز عند ابح وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت
في رخصة النفر فاذا لم يترخص التحق بها ومذهبه مروي عن ابن عباس رض ولانه لما ظهر
اثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك فلان يظهر في جوازه في الاوقات كلها
اولى بخلاف اليوم الاول والثاني حيث لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال
في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي على اصل المروي فاما يوم
النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر الثاني وقال الشافعي اوله
بعد نصف الليل لما روي انه عم رخص للرعاء ان يرموا ليلا ولنا قوله عم لا ترموا
جمرة العقبة الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت اصل الوقت بالاول
والافضلية بالثاني وتأويل ما روى الليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر
وقت الوقوف والرمي مرتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند ابح يمتد هذا
الوقت الى غروب الشمس لقوله عم ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل
اليوم وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف انه يمتد الى وقت الزوال
والحجة عليه ما روينا وان اخر الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء وان اخر
الى الغد رماه لانه وقت جنس الرمي وعليه دم عند ابح لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه

قال فان رماها راكبا اجزأه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه
ماشيا والا فيرميه راكبا لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرمي ماشيا
ليكون اقرب الى التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف ويكره ان لا يبيت
بمنى ليالي الرمي لان النبي عم بات بها وعمر رض كان يؤدب على ترك المقام ولو بات
في غيره متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي لانه وجب ليسهل عليه الرمي ايامه
فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر قال ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى
مكة ويقيم حتى يرمي لان عمر رض كان يمنع منه ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل
قلبه واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع نزل به رسول الله صلعم
وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه عم
قال لاصحابه انا نازلون غدا ان شاء الله تعالى بالخيف خيف بني كنانة حيث
تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا
انه نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله به فصار سنة كالرمل في الطواف قال
ثم دخل مكة فطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى
طواف الوداع وطواف آخر العهد بالبيت لانه يودع البيت ويصدر عنه وهو
واجب عندنا خلافا للشافعي لقوله عم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت
الطواف ورخص للنساء الحيض الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون
ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا
ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي انه عم استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم
افرغ باقي الدلو في البئر ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة ويأتي الملتزم
وهو ما بين الحجر والباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يدعو
ثم يعود الى اهله هكذا روي ان النبي عم فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان
ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت
حتى يخرج من المسجد فهذا تمام بيان الحج فصل فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى
عرفات ووقف بها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لانه شرع في ابتداء
الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه
سنة ولا شيء عليه بتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك
الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك
الحج فاول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي ان النبي عم وقف بعد
الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال عم من ادرك عرفة بليل فقد ادرك

ع والهجران [illegible] بالكسر ابو البقا

ن

الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فهذا بيان اخر الوقت ومالك وان كان
يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه
بما روينا ثم اذا وقف بعد الزوال وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه ع م
ذكره بكلمة او فانه قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد
تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل
ولكن الحجة عليه ما روينا ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لا يعلم انها
عرفات جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك
بالاغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلوة لانها لا تصح مع الاغماء والجهل
يخل بالنية وليست بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز
عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز فلو امر انسانا بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم
المامور عنه صح بالاجماع حتى اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج جاز لهما
انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا لانه لم يصرح بالاذن والدلالة
تتوقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرف
العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا وله انه لما عاقدهم عقد الرفقة
فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام هو المقصود
بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا الى الدليل
والحكم يدار عليه والمرأة في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبة كالرجل غير انها
لا تكشف راسها لانه عورة وتكشف وجهها لقوله ع م احرام المرأة في وجهها
ولو سدلت شيئا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عائشة رض
ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة
ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل بستر العورة ولا تحلق ولكن تقصر لما روي
انه ع م نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في حقها
مثلة كحلق اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير
المخيط كشف العورة قالوا ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن
مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او
جزاء صيد او شيئا من الاشياء وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله ع م من
قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله
واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النية بفعل
هو من خصائص الاحرام وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة

[margin:] الا من يريد الحج او العمرة

مزادة او لحا شجرة فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن
عائشة رض انها قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلعم فبعث بها في
اهله واقام حلالا فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لان عند التوجه
اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد منه الا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرما
فاذا ادركها ساقها او ادركها فقد اقترنت النية بعمل هو من خصائص الاحرام
فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء قال الا في بدنة المتعة فانه يحرم حين توجه
ومعناه اذا نوى الاحرام وهذا استحسان ووجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان
ان هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكا من مناسك الحج وضعا لانه يختص بمكة
ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة فلهذا
اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة الفعل فان جلل بدنة او اشعرها
او قلد شاة لم يكن محرما لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصائص
الحج والاشعار مكروه عند ابي ح فلا يكون من النسك في شيء وعندهما ان كان
حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد
وليس بسنة قال والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي من الابل خاصة لقوله ع م
في حديث الجمعة والمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل
بينهما ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا
المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح في الرواية في الحديث
كالمهدي جزورا باب القران القران افضل من التمتع والافراد وقال
الشافعي الافراد افضل وقال مالك التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القرآن
بقوله تع فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الاية ولا ذكر للقران فيه وللشافعي قوله ع م
القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا قوله ع م
يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم
مع الاعتكاف والحراسة في سبيل الله مع صلوة الليل والتلبية غير محصورة
والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا ترجيح بما ذكر والمقصود بما روي
نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن
لان المراد من قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على
ما روينا ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات الى ان يفرغ
منهما ولا كذلك التمتع فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين
الشافعي بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافا

[margin:] وللقران ذكر في القرآن

واحدا وسعيا واحدا وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول
عقيب الصلوة اللهم اني اريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني لان
القران هو الجمع بين العمرة والحج من قولهم قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما
وكذلك اذا دخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد
تحقق اذ الاكثر منها قائم ومتى عزم على ادائهما يسأل الله التيسير فيهما وقدم
العمرة على الحج فيه وكذا يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبدئ بافعال العمرة فكذا
يبدأ بذكرها وان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا بأس به لان الواو للجمع ولو نوى
بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزأه اعتبارا بالصلوة فاذا دخل مكة ابتداء فطاف
بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلثة الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة
وهذه افعال العمرة ثم يبدأ بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط
ويسعى بعدهما كما بيّنا في المفرد لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة
ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر
كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال
الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عم دخلت العمرة في الحج الى
يوم القيمة ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وبسفر واحد
وبحلق واحد فكذا في الاركان ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى
سعيين قال عمر رضه هديت لسنة نبيك ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك
انما يتحقق باداء عمل كل واحد على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر
للتوسل والتلبية للتحرم والحلق للتحلل وليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف
الاركان الا ترى ان شفعي التطوع لا يتداخلان وتحريمة واحدة يؤديان ومعنى
ما رواه دخل وقت العمرة في الحج وان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين
يجزيه لانه اتى بما هو مستحق عليه وقد اساء بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف
التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما فظاهر لان التقديم والتأخير في
المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب
الدم فتقديمه اولى والسعي بتأخيره بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم فكذا
بالاشتغال بالطواف .. واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او
بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه
فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكر ان شاء الله تعالى واراد
ههنا بالبدنة البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقرة على ما ذكرنا

وكما يجوز

وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة واذا لم يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج اخرها
يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في
الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص وان ورد في التمتع فالقران مثله
لانه مرتفق باداء النسكين والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا
الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن
الهدي فيستحب تأخيره الى وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها بمكة
بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها
منهي عنه وقال الشافعي لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ
يجوز لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع
الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه
الا الدم وقال الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضي
وقال مالك يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وهذا وقته
ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا
يتأدى به ما وجب كاملا ولا يؤدى بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب
الا شرعا والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر انه امر في
مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم
التحلل قبل الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا
لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة على
افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من
مذهب ابي حنيفة ايضا والفرق بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها
لان الامر هناك بالتوجه متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه
قبل اداء العمرة فافترقا وسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت العمرة لم
يرتفق باداء النسكين وعليه دم لرفض عمرته بعد الشروع فيها وعليه قضاؤها لصحة
الشروع فيها فاشبه المحصر

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة
ان الافراد افضل لان المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته
وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه القران ثم فيه زيادة
نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة لانها تبع للحج كتخلل
السنة بين الجمعة والسعي اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع
لا يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير ان

صبي لنا

في وقت صح

قبل يوم التروية ويوم صح

ان يلم باهله بينهما الماما صحيحا ويدخله اختلاف بيناه ان شاء الله تعالى وصفته ان يبتدى
من الميقات في اشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل
من عمرته وهذا هو تفسير العمرة وكذا اذا اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل
رسول الله صلعم في عمرة القضاء وقال مالك لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي
وحجتنا عليه ما روينا وقوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين الآية نزلت في عمرة القضاء
ولانه لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع التلبية اذا ابتدا بالطواف
وقال مالك كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا ان
النبي عم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف
فيقطعه عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه
حل من العمرة فاذا كان قبل يوم التروية بيوم احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم
من الحرم اما المسجد فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم
كما بينا وفعل ما يفعله الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة
ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان
هذا المتمتع بعد ما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة
ولا يسعى بعده لانه قد اتى بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فان لم يجد
صام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع على الوجه الذي بيناه في القران فان صام
ثلثة ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلثة لان سبب وجوب هذا الصوم
التمتع لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجود
سببه وان صام بعد ما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي له
قوله تعالى فصيام ثلثة ايام في الحج ولنا انه اداه بعد انعقاد سببه والمراد بالحج
المذكور في النص وقته على ما بينا والافضل تاخيرها الى اخر وقتها وهو يوم عرفة
لما بينا في القران واذا اراد المتمتع ان يسوق الهدي احرم وساق هديه وهذا
افضل لان النبي عم ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة
فان كانت بدنة قلدها بمزادة او نعل لحديث عائشة رض على ما رويناه والتقليد
اولى من التجليل لان له ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لانه
يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية
ويسوق الهدي وهو افضل من ان يقودها لانه عم احرم بذي الحليفة وهداياه
تساق بين يديه ولانه ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها
واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد رح ولا يشعر عند ابي حنيفة رح ويكره الاشعار وهو

الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها بان يطعن في اسفل السنام من
الجانب الايمن قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي عم طعن في الجانب الايسر
مقصودا وفي الجانب الايمن اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا الصنيع
مكروه عند ابي حنيفة وعندهما حسن وعند الشافعي سنة لانه مروي عن النبي عم وعن
الخلفاء الراشدين ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اذا ورد ماء او كلاء
او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه
عارضه جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه ولابي حنيفة انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع
التعارض فالترجيح للمحرم واشعار النبي عم لصيانة الهدي لان المشركين
لا يمتنعون عن تعرضه الا به وقيل ان ابا حنيفة كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم
فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد قال واذا
دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي الا انه لا يتحلل
حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عم لو استقبلت من امري ما استدبرت لما
سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي
ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة على ما بينا وان قدم الاحرام قبله جاز
وما عجل المتمتع من الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة
وهذه الافضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو دم
التمتع على ما بينا واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج
كالسلام في الصلوة فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم
الافراد خاصة خلافا للشافعي والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد
الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الافاقي ومن كان
داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران بخلاف المكي اذا خرج
الى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الافاقي
واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه
لانه الم باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي
عن عدة من التابعين واذا ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا فلا يبطل تمتعه
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان العود
مستحق عليه ما دام على نية التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح المامه بخلاف
المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم بالعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود
هناك لم يستحق عليه فيصح المامه باهله ومن احرم بالعمرة قبل اشهر الحج وطاف لها

أو فعل فيه أربعة أشواط ثم دخلت أشهر الحج فتممها وأحرم بالحج كان متمتعا لأن الإحرام عندنا
شرط فيصح تقديمه على أشهر الحج وإنما يعتبر أداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر
وللأكثر حكم الكل فإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعدا ثم حج
من عامه ذلك لم يكن متمتعا لأنه أدى الأكثر قبل أشهر الحج وهذا لأنه صار
بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما إذا تحلل منها قبل أشهر الحج ومالك يعتبر الإ
تمام في أشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا لأن الترفق بأداء الأفعال والمتمتع المترفق
بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج وأشهر الحج شوال وذو القعدة
وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير ولأن الحج يفوت
بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على أن المراد
من قوله تعالى الحج أشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فإن قدم الإحرام عليها
جاز إحرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي فإن عنده يصير محرما بالعمرة لأنه ركن
عنده وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولأن
الإحرام تحريم أشياء وإيجاب أشياء وذلك يصح في كل زمان وصار كالتقديم
على المكان فإذا قدم الكوفي بعمرة في أشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة
أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع أما الأول فلأنه ترفق بنسكين
في سفر واحد في أشهر الحج وأما الثاني فقد قيل هو بالاتفاق وقيل هو قول أبي حنيفة
وعندهما لا يكون متمتعا لأن المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه
هذان ميقاتيان وله أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى وطنه وقد اجتمع له نسكان
فيه فوجب دم التمتع فإن قدم بعمرة فأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة
دارا ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند أبي ح وقالا هو متمتع لأنه
إنشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين وله أنه باق على سفره ما لم يرجع إلى وطنه
فإن كان رجع إلى أهله ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعا في قولهم جميعا
لأن هذا إنشاء سفر لانتهاء السفر الأول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه
ولو بقي بمكة ولم يخرج إلى البصرة حتى اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا
بالاتفاق لأن عمرته مكية والسفر الأول قد انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لأهل
مكة ومن اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه فأيهما أفسد مضى فيه لأنه لا يمكنه الخروج عنه
عهدة الإحرام إلا بالأفعال وسقط دم التمتع لأنه لم يترفق بأداء نسكين صحيحين
في سفرة واحدة وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزئها عن المتعة لأنها أتت
بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت

واحرمت

وأحرمت وصنعت كما يصنع الحاج غير أنها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة
حين حاضت بسرف ولأن الطواف في المسجد والوقوف في المفازة وهذا
الاغتسال للإحرام لا للصلاة فيكون مفيدا فإن حاضت بعد الوقوف وبعد
طواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لترك طواف الصدر لأنه عم رخص
للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر
لأنه على من يصدر إلا إذا اتخذها دارا بعد ما حل النفر الأول فيما يروى عن أبي ح
ويرويه البعض عن محمد لأنه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنيته الإقامة بعد
ذلك

باب الجنايات

إذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فإن طيب عضوا
كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل الرأس والساق والفخذ وما أشبه ذلك
لأن الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه
كمال الموجب وإن طيب أقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية وقال محمد
يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى أنه إذا طيب ربع العضو
فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما إن شاء الله تعالى ثم واجب الدم
يتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين نذكرهما في باب الهدي إن
شاء الله تعالى وكل صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر إلا ما يجب
بقتل القملة والجرادة هكذا روي عن أبي يوسف فإن خضب رأسه بحناء فعليه دم
لأنه طيب قال عم الحناء طيب وإن صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم
للتغطية ولو خضب رأسه بالوسمة لا شيء عليه لأنه ليس بطيب وعن أبي يوسف
أنه إذا خضب رأسه بالوسمة لأجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه
يغلف رأسه وهذا صحيح ثم ذكر في الأصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس
في الجامع الصغير دل على أن كل واحد منهما مضمون وإن ادهن بزيت فعليه دم عند أبي حنيفة
وقالا عليه صدقة وقال الشافعي إن استعمله في الشعر فعليه دم لإزالة الشعث
وإن استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه ولهما أنه من الأطعمة إلا أن فيه ارتفاقا
بمعنى قتل الهوام وإزالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولأبي حنيفة أنه أصل الطيب
ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل
الجناية بهذه الجملة فيوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا
الخلاف في الزيت البحت والخل البحت أما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما
أشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لأنه طيب وهذا إذا استعمله على وجه
التطيب ولو داوى به جرحه أو شقوق رجليه فلا كفارة عليه لأنه ليس بتطيب

في نفسه انما هو اصل الطيب او طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا
تداوى بالمسك وما اشبهه قال وان لبس ثوبا مخيطا او غطى راسه يوما كاملا
فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف انه اذا لبس اكثر من نصف
يوم فعليه دم وهو قول ابح اولا وقال الشافعي يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل
بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة
ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر دونه
الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف اقام الاكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص
او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا باس به لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه
في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر لانه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف
في حفظه والتقدير في تغطية الراس من حيث الوقت على ما بينا ولا خلاف في
انه اذا غطى جميع راسه يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض راسه
فالمروي عن ابح انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر بعض
الراس استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر
الراس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع راسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه دم
وان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي
يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات الحرم ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل
لانه معتاد فيتكامل به الجناية وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير
مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وارض العرب وان حلق الرقبة
كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما
فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه
العانة ذكر في الابطين الحلق ههنا وفي الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف
ومحمد اذا حلق عضوا فعليه دم وان حلق اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما
اشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فيتكامل بحلق كله ويتقاصر عند حلق
بعضه وان اخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل معناه انه ينظر ان هذا
الماخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثل ربع الربع مثلا
يلزمه ربع قيمة الشاة ولفظة الاخذ من الشارب تدل على انه هو السنة فيه دون
الحلق والسنة ان يقص حتى يوازي الاطار وان حلق مواضع المحاجم فعليه دم
عند ابح وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المقصود فكذا
ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه ازالة شيء من التفث فتجب الصدقة ولابحنيفة

ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به وقد وجد ازالة التفث عن عضو
كامل فيجب الدم وان حلق راس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى
المحلوق دم وقال الشافعي لا يجب اذا كان من غير امره بان كان نائما لان من
اصله ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا
بسبب النوم والاكراه ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة
والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة هناك سماوية
وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق راسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال
من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب
في حق المحلوق راسه واما الحالق تلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين وقال الشافعي
لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم راس حلال له ان معنى الارتفاق
لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من
محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر
غيره الا ان كمال الجناية في شعره وان اخذ من شارب حلال او قلم اظافيره اطعم
ما شاء والوجه فيه ما بينا ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتاذى بتفث
غيره وان كان اقل من التاذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام وان قص اظافير
يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو عن
البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ولا يزاد على دم ان حصل
في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد وان كان في مجالس فكذا عند محمد لان
مبناها على التداخل فاشبه كفارة الفطر الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع
الاولى بالتكفير وعلى قول ابح وابي يوسف تجب اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا
او رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آي السجدة
وان قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق وان قص
اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة معناه تجب لكل ظفر صدقة وقال زفر يجب الدم
بقص ثلثة منها وهو قول ابحنيفة الاول لان في اظافير اليد الواحدة الدم
والثلث اكثرها وجه المذكور في الكتاب ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم
بقلمه وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يؤدي الى
ما لا يتناهى وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابحنيفة
وابي يوسف وقال محمد عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع
الراس من مواضع متفرقة ولهما ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم

على هذا الوجه يتأذى به ويتزين في ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر واذا انقلصت
الجناية تجب فيها الصدقة ويجب بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة
متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء وان انكسر ظفر المحرم فتعلق
فاخذه فلا شيء عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه اليابس من شجر الحرم وان
تطيب او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة
مساكين بثلثة اصوع من طعام وان شاء صام ثلثة ايام لقوله تعالى ففدية من صيام
او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله صلعم بما ذكرنا والاية نزلت
في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذا الصدقة
عندنا لما بينا واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا
في زمان او مكان وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام
اجزاه فيه التغدية والتعشية عند ابي يوسف اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد لا يجزيه
لان الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور فصل فان نظر الى فرج امرأته بشهوة
فامنى فلا شيء عليه لان المحرم عليه هو الجماع ولم يوجد فصار كما اذا تفكر فامنى وان
قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى لا فرق
بين ما اذا انزل او لم ينزل ذكره في الاصل وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج
وعن الشافعي انه انما يفسد احرامه في جميع ذلك اذا انزل واعتبره بالصوم ولنا ان
فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود
فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك
محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة فلا يحصل
بدون الانزال فيما دون الفرج وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف
بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل فيه
ما روي ان النبي عم سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما
ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة وقال
الشافعي يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق ما روينا
ولان القضاء لما وجب عليه ولا يجب الا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى
بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة
ان في غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطء فكان عنه روايتان وليس عليه
ان يفارق امرأته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك اذا خرجا من بيتهما
ولزفر اذا احرما وللشافعي اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه له انهما يتذكران

ذلك

ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان ولنا ان الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق
قبل الاحرام لاباحة الوقاع ولا بعده لانهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة
بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد
الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما اذا جامع قبل الرمي
لقوله عم من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة لقول ابن عباس رض ولانه اعلى انواع
الارتفاقات فيتغلظ موجبه وان جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه في
حق النساء دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفى بالشاة
ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها
وعليه شاة وان جامع بعد ما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته
وقال الشافعي تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده
كالحج ولنا انها سنة فكانت احط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج
اظهارا للتفاوت ومن جامع ناسيا كان كمن جامع عامدا وقال الشافعي
جماع الناسي غير مفسد للحج وكذلك الخلاف في جماع النائمة والمكرهة هو يقول
الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية ولنا ان الفساد باعتبار
معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض
والحج ليس في معنى الصوم لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلوة بخلاف
الصوم فصل ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة وقال الشافعي
لا يعتد به لقوله عم الطواف صلوة الا ان الله تعالى اباح فيه النطق فتكون
الطهارة من شرطه ولنا قوله تع وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة
فلم تكن فرضا ثم قيل هو سنة والاصح انها واجبة لانه يجب بتركها الجابر
ولان الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا شرع في هذا الطواف وهو
سنة يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فينجبر بالصدقة
اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تع وهو طواف الزيارة وكذا الحكم
في كل طواف هو تطوع ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل
النقص في الركن فكان افحش من الاول فينجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة
كذا روي عن ابن عباس رض ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة
اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم كله
والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان
يعيد والاصح انه يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا

يتفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد طافه
محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة
النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر فلا شيء عليه لانه اعاده في وقته
وان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة بالتاخير على ما عرف من مذهبه
ولو رجع الى اهله وقد طاف جنبا عليه ان يعود لان النقص كثير فيؤمر بالعود باحرام
جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزاه لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو
العود ولو رجع الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث بالشاة
فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه نفع الفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة
اصلا حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو
محرم عن النساء ابدا حتى يطوف ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة
لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا ولا بد من اظهار التفاوت وعن
ابي حنيفة انه يجب شاة الا ان الاول اصح وان طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص
كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة ومن ترك من طواف الزيارة
ثلثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك الاقل يسير فاشبه
النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزاه ان لا يعود ويبعث
بشاة لما بينا وان ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك
اكثر فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه
فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب
في وقته ومن ترك ثلثة اشواط من طواف الصدر فعليه صدقة ومن طاف
الطواف الواجب في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف وراء
الحطيم واجب على ما قدمناه والطواف في الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل
الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد دخل نقصا في
طوافه فما دام بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع
وان اعاد على الحجر خاصة اجزاه لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان ياخذ عن
يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى اخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الاخر
هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم لانه تمكن نقصان
في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزئه الصدقة ومن طاف طواف الزيارة
على غير وضوء وطواف في اخر ايام التشريق طاهرا فعليه دم وان كان طاف طواف
الزيارة جنبا فعليه دمان عند ابي ح وقالا عليه دم واحد لانه في الوجه الاول لم ينقل

من المفروض والواجب

طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث
غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر
الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا
لطواف الزيارة عن ايام التشريق فيجب الدم بترك طواف الصدر بالاتفاق
وبتاخير الاخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا
يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما
دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب
الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف فاذا اعادهما فلا شيء عليه لارتفاع
النقصان وان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه الدم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر
بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لانه
اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح
ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات
عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن افاض قبل الامام من عرفات
فعليه دم وقال الشافعي لا شيء عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزم بترك
الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجب لقوله ع م فادفعوا
بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة
الوقوف على من وقف نهارا لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط
عنه الدم في ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا
عاد قبل الغروب ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن
ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان
الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من اخر ايام الرمي لانه لم
يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها
على التاليف ثم بتاخيرها يجب الدم عند ابي ح خلافا لهما ومن ترك رمي يوم فعليه
دم لانه نسك تام ومن ترك رمي احدى الجمار الثلث فعليه صدقة لان الكل في
هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر من النصف
فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر ومن ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم
لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا اذا ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة
او حصاتين او ثلثا تصدق لكل حصاة بنصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء
لان المتروك هو الاقل فيكفيه الصدقة ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم

الترتيب

عند ابي حنيفة وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا
الخلاف في تاخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر
القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء
ولا يجب مع القضاء شيء وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه انه قال من قدم نسكا على نسك
فعليه دم ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان
كالاحرام فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام النحر في
غير الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف لا شيء عليه قال رحمه الله في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر
ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى
وهو من الحرم والاصح انه على الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان
النبي عليه السلام واصحابه احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل
محللا صار كالسلام في آخر الصلوة فانه من واجباتها وان كان محللا واذا
صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل
ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يتوقت بهما
وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان
وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل
بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع لان اصل
العمرة لا يتوقت بخلاف المكان لانه يتوقت به قال فان لم يقصر حتى رجع
وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به
في مكانه فلا يلزمه ضمان وان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة
دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما
يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التاخير شيء على ما قلنا

فصل

اعلم ان صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر
وطعامه الآية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون
توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في اصل الخلقة واستثنى
رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحداة والغراب
والحية والعقرب فانها مبتدئات بالاذى والمراد به الغراب الذي ياكل الجيف
هو المروي عن ابي يوسف واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء
اما القتل فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل

من النعم

من النعم الآية نص على ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي هو يقول
الجزاء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا
حديث ابي قتادة وقال عطاء اجمع الناس على ان على الدال الجزاء ولان الدلالة
من محظورات الاحرام ولانه تفويت الامن على الصيد اذ هو آمن بتوحشه
وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض
فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام من جهته على ان فيه
الجزاء على ما روي عن ابي يوسف وزفر والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون
المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره
لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء
في ذلك الناسي والعامد لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال
والمبتدي والعائد سواء لان الموجب لا يختلف والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف ان يقوم
الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في برية فيقومه
ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا
وان شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا
من تمر او شعير وان شاء صام على ما نذكر وقال محمد والشافعي يجب في الصيد النظير
فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع
جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم
ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لان القيمة لا تكون نعما والصحابة اوجبوا
النظير من حيث الخلقة والنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب
على ما بينا وقال عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد تجب القيمة
مثل العصفور والحمام وما اشبههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما
والشافعي يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما
يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى
ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد
او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص
والله اعلم جزاء قيمة مثل ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم ينطلق على الوحشي
والاهلي كذا قاله ابو عبيدة والاصمعي والمراد بما روي التقدير به دون ايجاب
المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد والشافعي الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي

يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة
وابو يوسف رحمهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة
اليمين ولمحمد والشافعي رح قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الآية ذكر الهدي منصوبا
لانه تفسير لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل او مفعول لحكم ثم ذكر الطعام والصيام
بكلمة او فيكون التخيير اليهما قلنا الكفارة عطف على الجزاء لا على الهدي
بدليل انه مرفوع وكذا قوله او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة
اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من
عليه ويقومان في المكان الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان
كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى
قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط كما في حقوق العباد
وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ
الكعبة ويجوز الاطعام في غيرها خلافا للشافعي رح هو يعتبره بالهدي والجامع
التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدي قربة غير معقولة فيختص بمكان
او زمان اما الصدقة قربة معقولة في كل زمان ومكان والصوم يجوز في غير مكة لانه
قربة في كل مكان فان ذبح بالكوفة اجزأه عن الطعام معناه اذا تصدق
باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار على
الهدي يهدي ما يجزئه في الاضحية لان مطلق اسم الهدي منصرف اليه وقال محمد
والشافعي رح يجزي صغار النعم فيها لان الصحابة اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة
وابي يوسف يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار
على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون فتعتبر قيمته واذا اشترى
بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير
ولا يجوز ان يطعم لكل مسكين اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف
الى ما هو المعهود في الشرع وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم
عن كل نصف صاع من بر او صاع من شعير يوما لان تقدير الصيام بالمقتول
غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود
في الشرع كما في باب الفدية فان فضل من الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير
ان شاء صام عنه يوما كاملا وان شاء تصدق به لان الصوم اقل من يوم غير
مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب او يصوم
يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقص

اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد ولو نتف ريش طائر او قطع قوائم صيد
فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع
فيغرم جزاءه ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي وابن عباس ولانه
اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد فان
خرج من البيضة فرخ ميت فعليه قيمته حيا وهذا استحسان والقياس ان لا يغرم
سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلوم وجه الاستحسان ان البيض معد
ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى
هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس
في قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور
جزاء لقوله عم خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب
والذئب والكلب العقور وقال عم يقتل المحرم الفأرة والغراب والحدأة والحية
والعقرب والكلب العقور وقد ذكر الذئب في بعض الروايات وقيل المراد بالكلب
العقور هو الذئب او يقال ان الذئب في معناه والمراد بالغراب الذي يأكل
الجيف ويخلط لانه يبتدي بالاذى اما العقعق غير مستثنى لانه لا يسمى غرابا
ولا يبتدي بالاذى وعن ابي حنيفة ان الكلب العقور وغير العقور والمستأنس
والمتوحش منهما سواء لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفأرة الاهلية
والوحشية سواء والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة لانهما لا يبتديان
بالاذى وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست
بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هي مؤذية بطباعها والمراد من النمل
السوداء او الصفراء التي تؤذي والتي لا تؤذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء
للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف من طعام لانها متولدة
من التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل على انه يجزئه ان
يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة
تصدق بما شاء لان الجرادة من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه الا بحيلة
ويقصده الآخذ وتمرة خير من جرادة لقول عمر رض تمرة خير من جرادة ولا شيء عليه
في ذبح السلحفاة لانه من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات لانه يمكن
اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان
اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها
فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعي رح لا يجب الجزاء

لانها جبلت على الايذاء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم الكلب يتناول
السباع باسرها لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ اما
لجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال
العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف املك ولا يجاوز بقيمته شاة
وقال زفر يجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم ولنا قوله عم الضبع صيد
وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب مؤذ
ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا واذا صال السبع على المحرم فقتله
لا شيء عليه وقال زفر يجب عليه الجزاء اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن
عمر انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه ولان المحرم ممنوع عن
التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من الاذى كما في
الفواسق الخمس فلان يكون ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود الاذن من
الشارع لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق
وهو العبد وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة
بالنص على ما تلوناه من قبل ولا باس للمحرم ان يذبح الشاة والبقرة والبعير
والدجاج والبط الاهلي لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش والمراد
بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما
مسرولا فعليه الجزاء خلافا لمالك له انه الوف مستانس ولا يمتنع بجناحيه لبطوء
نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض
والاستيناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستانسا لانه صيد في
اصل الخلقة فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند لا ياخذ حكم الصيد في الحرمة
على المحرم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي يحل ما ذبحه
المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكاة فعل مشروع وهذا
فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام
المميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح من ذلك
شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه جزاء ما اكل وان اكل منه محرم
اخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه ميتة فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار
وصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي حنيفة ان حرمتها باعتبار كونها ميتة كما
ذكرنا وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه هو الذي اخرج الصيد عن المحلية
والذابح عن الاهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط

مضافا

مضافا الى احرامه بخلاف محرم اخر لان تناوله ليس من محظورات احرامه ولا باس
بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل عليه المحرم ولا امره بصيده
خلافا لمالك فيما اذا اصطاده لاجل المحرم له قوله عم لا باس بان ياكل المحرم
لحم صيد ما لم يصده او يصاد له ولنا ما روي ان الصحابة تذاكروا لحم الصيد
في حق المحرم فقال عم لا باس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان
يهدى اليه الصيد دون اللحم او معناه ان يصطاد بامره ثم شرطه عدم الدلالة
وهذا تنصيص على ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث
ابي قتادة وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال فعليه قيمته يتصدق بها
على الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال عم في حديث فيه
طول ولا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة
فاشبه ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل و
هو الامن والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار
معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال زفر
يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي
ففيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان في يده خلافا
للشافعي فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد ولنا
انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم
فاستحق الامن لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان قائما لان البيع
لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فائتا فعليه الجزاء لانه
تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم
او حلال لما قلنا ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله
وقال الشافعي عليه ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار
كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن
ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج
ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ في
البيت والقفص لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه ولا معتبر
ببقاء الملك وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه
لا يضيع فان اصاب حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن لان المرسل امر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل

ولانه ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه بالاحرام وقد اتلفه المرسل
فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه في حالة الاحرام لانه لم يملكه والواجب عليه ترك
التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره
الاختلاف في كسر المعازف فان اصاب محرم صيدا فارسله من يده غيره
فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا
للتملك في حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما
اذا اشترى الخمر فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان
الآخذ متعرض للصيد لتفويت الامن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء
في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الآخذ على القاتل
وقال زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الآخذ
انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الآخذ
علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان اليه فان قطع حشيش
الحرم وشجره الذي ليس بمملوك وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف
منه لان حرمتهما تثبت بسبب الحرم قال عم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها
ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان حرمته ثبتت بسبب الحرم
لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء
واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب
محظور شرعا فلو اطلق له في بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز البيع مع
الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما نذكره ان شاء الله تعالى والذي ينبته الناس
عادة عرفناه غير مستحق الامن بالاجماع ولان المحرم المنسوب الى الحرم
ما ذكرنا والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات
وما لا ينبت عادة اذا انبته الناس التحق بما ينبت عادة ولو نبت
بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة اخرى
ضمانا للمالك كالصيد المملوك في الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه
لانه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف
لا باس بالرعي لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا
والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة
بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله صلعم فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف
الكمأة فانها ليست من جملة النبات وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه

على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي دم واحد بناء على انه
محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر قبل قال الا ان يتجاوز الميقات
غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر لان المستحق عليه عند
الميقات احرام واحد وبتاخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك
محرمان في قتل الصيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد بالشركة يصير
جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية واذا اشترك حلالان
في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء على الجناية
فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد
منهما كفارة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض
للصيد بتفويت الامن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم
فولدت اولادا وماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد
الاخراج من الحرم بقي مستحق الامن شرعا ولهذا وجب رده الى مأمنه وهذه
صفة شرعية فتسري الى الولد فاذا ادى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد
لان بعد اداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل

باب مجاوزة الميقات بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى
ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع اليه محرما ولم يلب حتى دخل مكة
فطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء
لبى او لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود فصار
كما اذا افاض من عرفات قبل الغروب ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في
اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك
المتروك على ما مر غير ان التدارك عندهما بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات كما اذا مر به
محرما ساكتا وعنده بعوده محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله
فاذا ترخص بالتاخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي
في عوده ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع
ما ذكرنا ولو عاد بعد ما ابتدأ الطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم
بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا
كان يريد الحج او العمرة فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته
البستان وهو وصاحب المنزل سواء لان البستان غير واجب التعظيم فلا
يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق باهله وللبستاني ان يدخل مكة

بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله وقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين
الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملحق به فان احرما من الحل ووقفا
بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما
ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت فاحرم بحجة عليه
اجزاه ذلك من دخول مكة بغير احرام وقال زفر لا يجزيه وهو القياس اعتبارا
بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته
لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في
الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتادى الا باحرام
مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من هذه السنة
دون العام الثاني ومن جاوز الوقت واحرم بعمرة فافسدها مضى فيها
وقضاها لان الاحرام يقع لازما كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت
وعلى قياس قول زفر لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا
جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز الوقت بغير احرام فاحرم بالحج ثم افسد حجته
هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات
بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات
فوضح الفرق واذا خرج المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة
فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم
يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الافاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم
خرج من الحرم فاحرم ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال
العمرة صار بمنزلة المكي فيه الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتاخيره عنه فان رجع الى الحرم
واهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الافاقي

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة اذا احرم المكي بعمرة وطاف
لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال
ابو يوسف ومحمد رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه دم لرفضها لانه لا بد
من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة اولى بالرفض
لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا احرم
بالعمرة ثم بالحج ولم يات بشيء من افعال العمرة لما قلنا فان طاف للعمرة اربعة
اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها
كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عنده وله ان

احرام العمرة قد تاكد باداء شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتاكد ورفض غير المتاكد
ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه
دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر
الا ان في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه في
معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه
منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما
لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق
الافاقي دم شكر ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في
الاولى لزمته الاخرى ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى وعليه
دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع بين احرامي
الحج او احرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا في الاحرام الاول فهو
جناية على الثاني لانه في غير اوانه فيلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج في
العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم
عند ابي حنيفة وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه
عنده وشرطا التقصير عندهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم
باخرى فعليه دم لاحرامه قبل الوقت لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه
فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة لزماه لان
الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي والمسالة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطا
السنة فيصير مسيئا فلو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض
لعمرته لانه تعذر اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فاذا توجه اليها
لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة
فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فيصح الاحرام
بهما والمراد بهذا الطواف طواف التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه
بتركه شيء واذا لم يات بما هو ركن يمكنه ان ياتي بافعال العمرة ثم بافعال
الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح
لانه بان افعال العمرة على افعال الحج من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان
احرام الحج قد تاكد بشيء من اعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته
يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها ومن اهل بعمرة في يوم النحر
او في ايام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى

ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه
الايام ايضا على ما نذكر فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها
وعمرة مكانها لما بينا فان مضى عليها اجزأه لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه
مشغولا في هذه الايام باداء بقية اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه
دم لجمعه بينهما اما في الاحرام او في اعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل
اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ما ذكر في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن النهي قال
الفقيه ابو جعفر ومشايخنا على هذا فان فاته الحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها
لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة على
ما يأتيك في باب الفوات ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال
فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها
بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض فمنعه
من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رح لا يكون الاحصار الا بالعدو لان التحلل بالهدي
شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا ان آية
الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار
بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الاحرام
والحرج في الاصطبار عليه مع المرض اعظم واذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة
تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وانما يبعث الى الحرم
لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان على ما مر فلا
يقع قربة دونه ولا يقع به التحلل واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم
حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي رحمه
لا يتوقت به لانه شرع رخصة وتخفيفا والتوقيت يبطل التخفيف قلنا ان
المراعى اصل التخفيف لا نهايته وتجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدي
وادناه الشاة وتجزيه البقرة والبدنة كما في الضحايا وليس المراد بما ذكرنا بعث
الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث بالقيمة حتى تشترى بها
الشاة هناك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى انه ليس عليه الحلق او التقصير
وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه
لانه عم حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق
انما عرف قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي عم
واصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف قال وان كان قارنا بعث

بدمين لاحتياجه الى التحلل عن الاحرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج و
يبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة
ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء
اعتبارا بهدي المتعة والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل
ولابي حنيفة انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان
كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق
لانه في اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف بعرفة ينتهي به والمحصر بالحج
اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر ولان الحجة
تجب قضاء لصحة الشروع والعمرة لما انه في معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة
القضاء والاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك لا يتحقق لانها لا تتوقت
ولنا ان النبي عم واصحابه احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع
الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء
اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحديهما لما بينا
واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فان بعث القارن هديا وواعدهم
ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدي
لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه
وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت
الحج وان كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود
بالخلف فاذا ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود
استغنى عنه وان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن
الاصل فان كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا
التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت
بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة
رح في المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه
وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدي
يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس ولو خاف على
نفسه لا يلزمه التوجه فكذا اذا خاف على ماله لانه ينبغي ان يضمن المبعوث
على يديه بالذبح لفوات مقصود المحصر ولا وجه لايجاب الضمان عليه وله الخيا

اما اذا قدر على الطواف ولم يقدر على الوقوف فانه يصير كفائت الحج اذا فات الحج يتحلل بالطواف والسعي وهو الاصل في التحلل والدم بدل منه فلما كان قادرا على الاصل لا يصار الى الخلف نقل من نهاية

ان شاء ضحى في ذلك المكان او بعمرة لم يذبح عنه فيتحلل وان شاء يتوجه ليؤدي
النسك الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعده ومن
وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة وهو
ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في
الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به
والدم بدل منه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسئلة
خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف والصحيح ما اعلمتك من التفصيل **باب الفوات**
ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج
لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي
من قابل ولا دم عليه لقوله عم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه
الحج من قابل والعمرة ليست الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعد ما انعقد
صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن
الحج فتعين عليه العمرة ولا دم عليه ولان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في
حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة
في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام
التشريق لما روي عن عائشة انها كانت تكره العمرة في هذه الايام الخمسة
ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف انه لا تكره في يوم عرفة
قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب
ما ذكرناه ولكن مع هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان
الكراهة لغيرها وهو تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة
وقال الشافعي فريضة لقوله عم العمرة فريضة كفريضة الحج ولنا قوله عم الحج
فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في
فائت الحج وهذه امارة النفلية وتأويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج
اذ لا تثبت الفريضة مع التعارض في الاثار قال وهي الطواف والسعي وقد ذكر
في باب التمتع **باب الحج عن الغير** الاصل في هذا ان الانسان له ان يجعل ثواب
عمله لغيره صلوة او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي
عن النبي صلعم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والاخر عن امته ممن اقر بوحدانية
الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لامته والعبادات
انواع مالية محضة كالزكوة وبدنية محضة كالصلوة ومركبة عنهما كالحج والنيابة

تجري في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول المقصود بفعل
النائب ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو اتعاب النفس لا يحصل به
وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الاول وهو المشقة بتنقيص المال ولا تجري
عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج
فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر
المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث
الخثعمية فان النبي عم قال فيه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج
وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية
في باب الصوم **قال** ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما
فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام
وكل واحد منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما
لعدم الاولوية فيقع عن المأمور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك بخلاف
ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله عن ايهما شاء لانه متبرع يجعل ثواب عمله
لاحدهما او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وههنا يفعل بحكم الآمر وقد
خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف نفقة
الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير معين فان مضى على
ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف
وهو القياس لانه مأمور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم
يعين حجة او عمرة حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول
وهنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال
لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف
ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا
وان امره غيره ان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى
من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه
وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المأمور وكذلك ان
امره واحد بان يحج عنه والاخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما
قلنا ودم الاحصار على الآمر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح على الحاج
لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون
الدم عليه ولهما ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان كان

يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف ثم قيل هو
من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل هو من جميع المال لانه
وجب حقا للمامور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية وهو الجاني
عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان
الصحيح هو المامور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره
اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الامر
وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ومن
اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد
انفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة وقالا يحج عنه
من حيث مات الاول فالكلام هنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور
قول ابي حنيفة اما عند محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شئ والا بطلت
الوصية اعتبارا بتعيين الموصي اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف يحج عنه بما بقي
من الثلث الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفة ان قسمة الوصي وعزله
المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض ولم
يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج
بثلث ما بقي واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة وهو القياس ان القدر الموجود من السفر
قد بطل في حق احكام الدنيا قال عم اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا ثلث
الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كأن
لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن
يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية وقال عم من مات في طريق الحج
كتب له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك
المكان واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتني على ذلك المامور بالحج
ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعل عن احدهما لان من حج عن غيره بغير اذنه
فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعل
ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المامور على ما قررنا من قبل

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عم سئل عن الهدي فقال ادناه شاة وهو
من ثلثة انواع الابل والبقر والغنم لانه عم لما جعل الشاة ادناه لا بد ان يكون له
اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف
الثلثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا الا ما يجوز في الضحايا لانه قربة

والمعادلة ما يصير دينا به الى الله الا دينار من جهة العبادة

تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل شئ
الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فانه
لا يجوز فيهما الا بدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة
والقران لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية وقد صح ان النبي عم
اكل من لحم هديه وحسا من المرقة ويستحب له ان ياكل منها لما روينا وكذا يستحب
ان يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا
لانها دماء كفارات وقد صح ان النبي عم لما احصر بالحديبية وبعث الهدايا على
يدي ناجية الاسلمي قال له لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي
التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر قال العبد الضعيف وفي الاصل يجوز ذبح
دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوع
باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها في
غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر اما دم
المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم
وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية
ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي وقت شاء وقال الشافعي لا يجوز الا في
يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد دم جبر عنده ولنا ان
هذه دماء كفارات فلا يختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل
بها اولى لارتفاع النقصان به من غير تاخير بخلاف دم المتعة والقران لانه
دم نسك قال ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ
الكعبة فصار اصلا في كل دم هو كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى الى مكان
ومكانه الحرم قال عم منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز ان يتصدق بها على
مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي لان الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل
فقير قربة ولا يجب التعريف بالهدايا لان الهدي ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب
باراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فان عرف بهدي المتعة فحسن لانه يتوقت
بيوم النحر فعسى لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف به ولانه دم نسك فيكون مبناه
على التشهير بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها
الجناية فيليق بها الستر والافضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى
فصل لربك وانحر قيل في تاويله الجزور وقال الله تعالى ان تذبحوا بقرة وقال الله تعالى
وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح وقد صح ان النبي عم نحر الابل وذبح البقر والغنم

النيف بالكسر عقداو زيد زيادة اولانه يردنه او حد وارنجه د عند البصرة ونه وارنجة بعا عشرة ونيف ومائة ونيف وكل ما زاد على العقد فهو نيف حتى يبلغ العقد الثاني اختر

ثم ان شاء نحر الابل في الهدايا قياما او اضجعها واي ذلك فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها قياما لما روي انه عم نحر الهدايا قياما واصحابه كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقرة والغنم قياما لان في حالة الاضطجاع المذبح ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما والاولى ان يتولى ذبحها بنفسه ان كان يحسن ذلك الذبح لما روي ان النبي عم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا رضه عنه ولانه قربة والتولي في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي اجرة الجزار منها لقوله عم لعلي رضه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك لا يركبها لانه جعلها خالصة لله تعالى فما ينبغي ان يصرف شيئا من عينها او منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبها بركبها لما روي انه عم راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتاويله انه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك وان كان لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان عن واجب فعليه ان يقيم غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته وان اصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله لا يتادى به الواجب فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه واذا عطبت البدنة في الطريق فان كانت تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم ياكل هو ولا غيره من الاغنياء بذلك امر رسول الله صلعم ناجية الاسلمي والمراد بنعلها قلادتها وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فياكل منه الفقراء دون الاغنياء لان الاذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة اقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر املاكه ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم

الجنايات

الجنايات لان سببها الجناية والستر اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لانه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم مسائل منثورة اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا في يوم التروية وهذا لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي حجتهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا وينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس انصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا عشية يوم عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس واكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه تدارك المتروك في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى قبل الطواف او بدا بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا يتعلق به البداية ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وهذا اشارة الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فيلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعا وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدي المشي من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر هو المراد ولو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي عليه واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه المشي ينبغي ان لا يركب ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها وقال زفر ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما اذا اشترى جارية منكوحة

ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها فكذا المشتري الا انه يكره
ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف
النكاح لانه ما كان للبائع ان يتزوجها اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري
واذا كان له ان يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر يتمكن لانه
ممنوع من غشيانها وذكر في بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها
بغير الجماع بقص شعر او تقليم ظفر ثم يجامع والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة
لانها لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحليل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما
لامر الحج

كتاب النكاح

قال رحمه الله النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين
يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء
شرعا دفعا للحاجة وينعقد ايضا بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن
المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح
والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح
والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح
والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق
والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا ولنا ان التمليك
سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح
والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريقه ولا ينعقد
بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة
والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا
الى ما بعد الموت ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين
مسلمين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في قذف
قال المصنف اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود
وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد ولا بد من اعتبار
الحرية فيهما لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ
لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه
لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور
رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي وسنعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى
ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي له
ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية

فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره
لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذلك شاهدا والمحدود في القذف
من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي
لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم
ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز
لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا
كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك
لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط
في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان
العقد ينعقد بكلامهما والشهادة شرط على العقد ومن امر رجلا ان يزوج
ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز
النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا
ويبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف
فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة
بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لم يجز

فصل في بيان المحرمات

لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال
والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم والجدات امهات اذ الام هي
الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع ولا ببنته لقوله تعالى وبناتكم ولا ببنت
ولده وان سفل بالاجماع ولا باخته ولا ببنات اخيه ولا ببنات اخته ولا
بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية ويدخل فيها
العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة
الاسم عامة ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات
نسائكم من غير قيد بالدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد
الدخول بالنص سواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج
مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول
ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ولا بامرأة
ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب
لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من
الرضاع ولا باخته من الرضاع لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم

واخواتكم من الرضاعة ولقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين الاختين نكاحا
ولا بملك يمين وطئا لقوله تع وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عم من كان يؤمن بالله
واليوم الاخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح
لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطا الامة وان كان لم يطا المنكوحة
لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطا المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من
الاسباب فحينئذ يطا المنكوحة لعدم الجمع وطئا ويطا المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم
الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست بموطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدرى
ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين
لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق
ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وقد انعدمت الاولوية للجهل بالاولية
فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا
يجمع بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عم
لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها
الحديث وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امراتين لو كانت
احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج الاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى قطيعة الرحم
والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بسبب الرضاع يحرم
لما روينا من قبل ولا باس بان يجمع بين امراة وابنة زوج كان لها من
قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا
لم يجز له التزوج بامراة ابيه قلنا امراة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه
والشرط ان يتصور ذلك من كل جانب ومن زنى بامراة حرمت عليه امها وابنتها
وقال الش الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور
ولنا ان الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير
اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام
الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطء محرم من حيث انه سبب الجزئية لا من
حيث انه زنا ومن مسته امراة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال
الش لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امراة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها
الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليس في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق
بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس
والنظر سبب داع الى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة

الولد

ان تنتشر

ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق
ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه
لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطء وعلى هذا اتيان المراة
في دبرها واذا طلق امراته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى
تنقضي عدتها وقال الش ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز
لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا
ان نكاح الاولى قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تاخر
عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب
الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا
فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها لان النكاح ما شرع الا
مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع
الثمرة على الشركة ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تع والمحصنات من الذين اوتوا
الكتاب اي العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد ان
شاء الله ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم
ولا آكلي ذبائحهم ولا الوثنيات لقوله تع ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز
تزويج الصابئات اذا كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل
الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم
مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على
ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة
الاحرام وقال الش لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له
قوله عم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عم تزوج بميمونة وهو محرم و
ما رواه محمول على الوطء ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال
الش لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري
عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة
ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه
امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له
ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله عم لا تنكح الامة على
الحرة وهو باطلاقه حجة على الش في تجويزه ذلك للعبد وفي تجويزه
برضاء الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق

النكاح

ان شاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حق الانفراد دون حالة الانضمام
ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله عم وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات
في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق
باين او ثلث لم يجز عند ابح ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم
ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولابح ان نكاح الحرة باق من وجه
لبقاء بعض احكام النكاح فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل
في قسمها غيرها وللحر ان يتزوج اربعا من الحراير والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من
ذلك لقوله تع فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والتنصيص على
العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده
والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز
للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده
حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا
اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا باينا لم يجز له
ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت
في عدة الاخت فان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها
وهذا عند ابح ومحمد وقال ابو يوسف رحه النكاح فاسد فان كان الحمل ثابت
النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رح ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل
وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات
بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق
صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت
النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى
يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين
الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل ومن
وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو
جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه
واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابح وابي يوسف رح
وقال محمد لا احب له ان يطأها قبل ان يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى
فوجب التنزه [كما في الشراء] ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء
لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشرى لانه يجوز مع الشغل وكذلك اذا راى

فانه من الفواحش تزوج امراة الزاني ... عند ابحنيفة ... عند محمد

امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له
ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول
لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك هو جايز لانه كان
مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة وابن عباس
صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج
امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل
بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق
بينهما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة
المتعة وقد وجد ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحديهما لا يحل له
نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احديهما
بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد
في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند ابحنيفة وعندهما يقسم على مهر مثليهما
وهي مسئلة الاصل ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بينة
فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه ان يجامعها
وهذا عند ابحنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وفي قوله الاخر وهو قول محمد رح
لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة
فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابحنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو
الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف
عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح
فينفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما
فلا امكان

باب الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها
وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابحنيفة وابي يوسف في ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال
مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد
لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا يقول يرتفع الخلل باجازة
الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة
ولهذا كان لها التصرف في مالها ولها اختيار الازواج وانما يطالب الولي
كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو ولكن
للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابحنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز في غير

المقام بضم الميم وقد ذكر في الصحاح واما المقام فقد يكون بمعنى الاقامة ثم قد فرق ... لا مقام لكم بالضم اي لا اقامة

الكفو لان كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة
على النكاح خلافا للشافعي له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح
لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا
يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ
بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب
قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها واذا استاذنها
فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عم البكر تستامر في نفسها فان سكتت
فقد رضيت ولان جنبة الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن
الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط
والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضاء واذا بكت
بلا صوت لم يكن ردا قال وان فعل ذلك غير الولي يعني اذا استامرها ولي غيره
اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه
فلم يقع دلالة على الرضاء ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة
في غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستامر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر
في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه
ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح لان للنكاح صحة بدونه ولو زوجها فبلغها
الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر
ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو كان رسولا
لا يشترط اجماعا وله نظائر ولو استاذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عم
الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق
في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها
بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحيي
لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها
ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق
فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت
بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا
فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها واذا قال الزوج
للبكر بلغك النكاح فسكت وقالت رددت فالقول قولها وقال زفر القول

قوله

قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي
المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت
منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر
بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه
بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء
الستة وسياتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا
زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك يخالفنا
في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول
مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا
ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به
قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر المصالح
الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية
في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي ان النظر لا يتم بالتفويض
الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف
في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى
اولى ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في
سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل
فلا يفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا يثبت الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية
ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا
ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار
الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عم النكاح الى العصبات من غير فصل
والترتيب في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب
بالاقرب فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما
لانهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما
بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام
على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح لا خيار لهما اعتبارا
بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق
الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد
يتناول الام والقاضي هو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما ونقصان الشفقة

في الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي
وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء
وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر
دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح
فسكتت فهو رضا وان لم تعلم فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح
لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار في
حق الحرة لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف
المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر
يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا
وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء
النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق
الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضاء
غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق
فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانه يصح
من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج
هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر
وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به
قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة
لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به ولا ولاية لعبد ولا صغير
ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان
هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم
لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته
عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر
لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري
بينهما التوارث ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابحه معناه عند
عدم العصبات وهذا استحسان وقال مح لا تثبت وهو القياس وهو رواية
عن ابحه وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع مح لهما ما روينا
ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات
الصيانة ولابحه ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو

مختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها
مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام
والحاكم لقوله عم السلطان ولي من لا ولي له واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة
جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت
حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية
للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع
برايه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها
حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب
عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة
ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة واحدة وهو اختيار القدوري
وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتاخرين وقيل
اذا كان بحال يفوت الكفو الخاطب باستطلاع رايه وهذا اقرب الى الفقه لانه
لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في
نكاحها ابنها عند ابحنيفه وابي يوسف وقال مح ابوها لانه اوفر شفقة من الابن
ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر
بزيادة الشفقة كابي الام مع بعض العصبات **فصل في الكفاءة** الكفاءة في
النكاح معتبرة قال عم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من
الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تابى ان تكون
مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه
دناءة الفراش واذا زوجت المراة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما
دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر فقريش
بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عم قريش بعضهم
اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء
لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن مح الا ان يكون
نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة
وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن
كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن اسلم
بنفسه وله اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان
تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف

ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له أب أو أبوان في الإسلام لأن التفاخر فيما بين الموالي بالإسلام
والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام في جميع ما ذكرنا لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى
الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال وتعتبر أيضا في الدين أي الديانة وهذا قول ابح
وابي يوسف هو الصحيح لأنه من أعلى المفاخر والمرأة تتعير بفسق الزوج فوق
ما تتعير بضعة نسبه وقال مح لا تعتبر لأنه من أمور الآخرة فلا تبتنى عليه
أحكام الدنيا إلا إذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به
الصبيان لأنه مستخف به وتعتبر في المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة
وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى إن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفؤا
لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد
بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفا وعن أبي يوسف أنه اعتبر
القدرة على النفقة دون المهر لأنه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه
بيسار أبيه فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابح ومح حتى إن الفائقة
في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لأن الناس يتفاخرون بالغنى
ويتعيرون بالفقر وقال أبو يوسف لا تعتبر لأنه لا ثبات له لأن المال غاد ورائح
وتعتبر في الصنائع وهذا عند أبي يوسف ومح وعن ابح في ذلك روايتان
وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر إلا أن يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار
أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها ووجه القول الآخر أن
الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول من الخسيسة إلى النفيسة منها وإذا تزوجت المرأة
ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند ابح حتى يتم لها مهر مثلها
أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع إنما يصح على قول مح على اعتبار
قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة
عليه لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما في الإبراء
بعد التسمية ولابح أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها
فأشبه الكفاءة بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لا يتعير به وإذا زوج الأب
ابنته الصغيرة ونقص من مهرها وابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك
عليهما ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد وهذا عند ابح وقالا لا يجوز الحط والزيادة
إلا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية
مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لأن الحط عن مهر المثل
ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابح أن الحكم

يدار على

يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر أما المالية فهي
المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة
عبدا أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز قال رحمه الله وهذا عند ابح أيضا لأن
الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم أن يزوج ابنة عمه من نفسه
وقال زفر لا يجوز وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجها من نفسه فعقد بحضرة
شاهدين جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز لهما أن الواحد لا يصلح أن يكون مملكا
ومتملكا كما في البيع إلا أن الشافعي يقول في الولي ضرورة لأنه لا يتولاه سواه ولا ضرورة
في حق الوكيل ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع في الحقوق دون
التعبير ولا ترجع الحقوق إليه بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه
وإذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول وتزويج
العبد والأمة بغير إذن مولاهما موقوف فإن أجازه المولى جاز وإن رده بطل و
كذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فإن
كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الإجازة وقال الشافعي تصرفات
الفضولي كلها باطلة لأن العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم
فيلغو ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافا إلى محله ولا ضرر في انعقاده
فينعقد موقوفا حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال
اشهدوا أني تزوجت فلانة فبلغها الخبر فأجازت فهو باطل وإن قال آخر اشهدوا
أني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فأجازت جاز وكذلك إن كانت المرأة هي
القائلة جميع ذلك وهذا عند ابح ومح وقال أبو يوسف إذا زوجت المرأة نفسها
غائبا فبلغه فأجاز جاز وحاصل هذا أن الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين
أو فضوليا من جانب أصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين
الفضوليين أو بين الفضولي والأصيل جاز بالإجماع هو يقول لو كان مأمورا من
الجانبين ينفذ فإذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والإعتاق
على مال ولهما أن الموجود شطر العقد لأنه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة
وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين
لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع وأختاه
لأنه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه
اثنتين في عقدة واحدة لم يلزمه واحدة منهما لأنه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة

ولا الى التنفيذ في احديهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق
ومن امره امير بان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق
اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى
المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح
مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل
واحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو

باب المهر

ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج
لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره
لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك
واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها فيكون
التقدير اليها ولنا قوله عم ولا مهر اقل من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا
لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو سمى اقل
من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا
كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة
فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام
التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير
ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلثة وعنده تجب المتعة كما
اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فلها المسمى ان دخل بها او مات عنها
لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتاكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته
والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول بها
والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية و
الاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود
المعقود عليه اليها سالما وكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها
كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها
على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي رحمه
لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها
فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع
على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها
قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الاية ثم هذه

المتعة

المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها
وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رض وقوله من
كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها
مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى
المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك
في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها
او مات عنها وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول نصف
هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان هذا الفرض
تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد
بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف وان زاد لها في المهر بعد العقد لزمته
الزيادة خلافا لزفر وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت
الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف اولا تتنصف مع
الاصل لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض
بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حط عنه من مهرها صح الحط لان المهر بقاء
حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامراته وليس هناك مانع
من الوطي ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي لها نصف المهر لان
المعقود عليه انما يصير مستوفيا بالوطي فلا يتاكد المهر دونه ولنا انها
سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتاكد حقها في البدل
اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما
بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها
كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع
الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل
في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه
من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان
كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر
في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور
كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه
ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامراته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة
وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على

على سلامة الآلة ولابي حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق المستحق وقد اتت به
وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة
حق الشرع والولد فلا تصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط
في ايجابه وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت
التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة وتجب المتعة
لكل مطلقة الا مطلقة واحدة وهي التي طلقها زوجها قبل الدخول بها وقد سمى لها
مهرا وقال الشافعي تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج
لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق
فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في
المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا
والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير
جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل
ابنته على ان يزوجه الآخر بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر
فالعقدان جائزان وقال الشافعي يبطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا
والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فيبطل الايجاب ولنا انه سمى
ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة
بدون الاستحقاق وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها
مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على
خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان
ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك يتحقق المعاوضة فصار
كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاه وعلى رعي الزوج غنمها ولنا ان
المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا
وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة
الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف
خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى
حيث يخدمها باذنه وامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية
فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان
المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير
وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ

اذ لا يستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فاذا
لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل فان تزوجها
على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة
لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود
والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر في الذمة لعدم
تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم
يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق
وهو قول زفر لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق وجه
الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته
عن نصف المهر ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت
خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل
الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف
ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة
ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب
الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه
لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي
فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما يرجع بنصف المقبوض ولو كان
تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبضه فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها
لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان
الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند
الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء
آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت منه زوجها لانه
وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب
لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير
كان التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة
او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم
رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى ما لها فيه نفع
فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية
مع الالف وان تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان

اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر مثلها لا يزاد على الالفين ولا ينقص
عن الالف وهذا عند ابي حنيفة وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف
ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها
مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الالفين واصل المسئلة في الاجارات
في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه
ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر مثلها اقل
من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان
بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها
قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع ولهما ان المصير الى
مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن فصار كالخلع
والاعتاق على مال ولابي حنيفة ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول
عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق لانه لا موجب له
في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان
انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول بها
في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة
واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير
ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسئلة
ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على حمار او فرس اما اذا لم يسم
الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي يجب مهر
المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح
اذ كل واحد منهما عقد معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام
المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى
مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد
والردي والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا واسطة لاختلاف
معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح
فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في
حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف
فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب
اجناس ولو سمى جنسا بان قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا

المضايقة ظاهر لوم مماكسة الشك اعز

بالغ

بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى
مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف
منها يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح
جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط
بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال
في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو
خمر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة وقالا لها مثل وزنه خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا
هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب القيمة لابي يوسف انه
اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا
هلك العبد المسمى وابو حنيفة يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة
لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد يقول الاصل
ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى
موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى
لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انه يعرف
الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت
فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس وفي مسئلتنا الحر مع العبد جنس واحد لقلة
التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد وان تزوجها على
هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة لانه
مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر
لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد
وهو رواية عنه لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من العبد لانهما
لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد
قبل الدخول بها فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء
منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطي
فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر هو يعتبره بالبيع الفاسد
ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل لم
تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام
التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة
الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر

عنده فاذا كان احدهما عبدا لحر العبد وتمام مهر المثل صح

ابتدائي بالمس وحقيقة التفريق لا من آخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها
بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب
على الثابت من وجه ويعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان
النكاح الفاسد ليس بداعي اليه والاقامة باعتباره ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها
وبنات اعمامها لقول ابن مسعود لها مهر مثلها مثل نسائها وهن اقارب الاب ولان
الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها
وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت
بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى
المرأتان في السن والجمال والعقل والدين والبلد والعصر والعفة لان مهر المثل يختلف باختلاف
هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف العصر والدار ويعتبر التساوي في البكارة لانه
يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد
اضافه الى ما يقبله فيصح ثم للمرأة الخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا
بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى الى الزوج ان كان بامره كما هو الرسم في الكفالة
وكذا يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال
الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع
العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح
الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه
عاقد الا ترى انه لا يملك قبضه بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال
وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين
حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان
يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي
المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء
ولو كان المهر مؤجلا كله ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل
كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رح وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة
وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا دخل برضاها حتى لو كانت
مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا
الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتني على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه
كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر
فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل

لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم فلا يخلي عن العوض ابانة لخطره والتأكد
بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما
تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى
اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا وفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى
اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب
يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في
المهر فالقول قول المرأة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل
وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف القول قوله قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء قليل ومعناه
ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر
والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع
البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوى قول
من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي
في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم
قيمة الصبغ ثم ذكر هنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا
رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس
قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع
المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة
فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون
فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في
الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف
والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر
فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول
تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني تقبل بينته لانها تثبت الحط
وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسمائة هذا
تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان
الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء
بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما
لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول

قح

قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى القليل وعند محمد يجب منه كالجواب في حالة
الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي يوسف القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم
لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما بيناه ان شاء الله تعالى **قال** واذا مات الزوجان معا
وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن
سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه
المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الوجه الثاني اما الاول فلان المسمى دين
في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط
نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى
فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما
فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج
هو من المهر فالقول قول الزوج لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر
انه يسعى في اسقاط الواجب **قال** الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه
ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل
ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه

فصل واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في
دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر
وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة وهو قولهما في الحربيين واما في
الذمية فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها والمتعة ان طلقها قبل
الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء
النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل
الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين
بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربوا
وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا
في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف والمحاجة
وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون
فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى
عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر
يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان
الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما

فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما
فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مهر المثل في
الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين لهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض
فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير
اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين
وقت العقد يجب مهر المثل فكذلك هنا ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى
مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى
قبل القبض ولابي حنيفة ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك
التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام
كاسترداد الخمر المغصوبة وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام
بخلاف المشتري لان ملك التصرف فيه انما يستفاد بالقبض وفي غير المعين تجب القيمة
في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانها من
ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في
الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة
ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة
الا باذن مولاهما وقال مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح
ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ
نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك
المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح
على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه
من باب الاكتساب وكذلك المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك
تزويج امتها لما بينا وكذلك المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم وان
تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في ذمته يباع فيه لان هذا دين وجب في ذمة
العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق
برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمكاتب والمدبر يسعيان في
المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة
والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى
طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته
يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد اذ هو ادنى فكان الحمل عليه اولى

وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح
صحيح فيتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها
فانه يباع في المهر عند ابح وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم
الجائز والفاسد عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز
لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح
في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف
الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ
مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب
ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطئ ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه
الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه
اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكر
والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين
بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج
امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت
الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى
في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بواها معه بيتا فلها النفقة
والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بواها بيتا ثم بدا له ان
يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط
بالنكاح قال رحمه الله ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى
مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي لا اجبار في العبد
وهو رواية عن ابح لان النكاح من خصائص الادمية والعبد داخل تحت ملك
المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها
فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو
سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة
لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها قبل
ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابح لمولاها وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها
حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله
انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في
حق احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان

قتلت

قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة
وبقتل المولى امته والجامع ما بينهما ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في
حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه معتبر في
حق احكام الدنيا حتى يجب عليه الكفارة واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى
عند ابح وعندهما الاذن اليها لان الوطئ حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي
العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة
لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى
فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة وان تزوجت امة باذن مولاها ثم اعتقت
فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عم لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك
فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا
فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق
فيملك بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك
المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت وقال زفر لا خيار لها
لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار
بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها
في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن
مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى
وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما اذا
زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت بغير اذنه على الف درهم
ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى
منافع مملوكة للمولى والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى
وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر اخر بالوطئ في
نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن
وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان
يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته
للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا
يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير قيمة ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد
شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى
يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطئ يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر

وقال زفر والشافعي يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية
المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان الابن تزوجها
فولدت منه لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج
عندنا خلافا للشافعي لخلوها عن ملك الاب الا ترى ان الابن ملكها
من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى
معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه سقط الحد للشبهة
فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له
ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها
حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه بالقرابة واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه
اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر لا يفسد واصله انه يقع العتق عن
الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده
يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق
فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك
بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك
منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه
واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني ولم
تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
هو والاول سواء لانه تقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار
القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها
القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه
تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما العبد
فلا يقع في يده شيء لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود
او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر
النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقالا
في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر له ان الخطابات عامة على ما مر
من قبل فتلزمهم وانما التعرض لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة
قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها وكانوا ملتزمين لها
وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات
ولابي حنيفة ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه

الى ان يجب

الى ان يجب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده
واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا
فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة واذا تزوج المجوسي امه
او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا
في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان
المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام
احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق
احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض
اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان
مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه
مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في
حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل وخدمة
الزوج تشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه
وان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذا اذا اسلم احدهما وله ولد
صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا
والآخر مجوسيا فالولد كتابي حتى يجوز للمسلم مناكحته وتحل ذبيحته لان فيه نوع
نظر له اذ المجوسية شر والشافعي يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح واذا
اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته
وان ابى فرق القاضي بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد وان اسلم الزوج
وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت
فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف لا تكون الفرقة
طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي لا يعرض الاسلام لان فيه
تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول
غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما
في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبتني عليه الفرقة والاسلام
طاعة لا يصلح سببا فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة
بالاباء وجه قول ابي يوسف ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا
كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع
قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما

اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند ابائها ثم اذا فرق بينهما
بابائها فلها المهران كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها
فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة
واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية
لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام
ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا
للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق
بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت
الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما
وسنبينه ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح
النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب
مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع ولو سبي احد الزوجين
وقعت البينونة وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي وقعت فالحاصل
ان السبب هو التباين عندنا دون السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره
في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن
اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط
الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح فاشبه
المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذا بقاء وصار
كالشرى ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن
لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز ان
تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة قد وقعت بعد الدخول
في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة انها اثر النكاح المتقدم وجبت
اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية وان كانت حاملا لم
تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة انه لا يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها
كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب
يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام والعياذ
بالله وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت
الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف مر
على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة فرق ووجه الفرق ان الردة منافية للنكاح

لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت
الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على
القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهران دخل بها
ونصف المهران لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهران دخل بها
وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة جاءت من قبلها واذا ارتدا معا
ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر يبطل لان ردة احدهما منافية وفي
ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة
بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد
فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها باب القسم
واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا
او ثيبتين او كانت احديهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله عم من كانت له امرأتان
ومال الى احديهما في القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل وعن عائشة رض ان النبي عم
كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا
تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والجديدة والقديمة
سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في
ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون
طريقه والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتنى على النشاط
وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث
بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان
في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم
قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى
ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي القرعة مستحقة
لما روي ان النبي عم كان اذا اراد السفر اقرع بين نسائه الا انا نقول القرعة
لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة
الزوج الا ترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة
منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة ولو رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها
جاز لان سودة بنت زمعة سألت رسول الله صلعم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها
لعائشة رض ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع

تعلق به التحريم وقال الشافعي رح لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فيتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما بينا ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح وقال زفر ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال فلا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وادنى مدة الحمل ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال عم لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغايره غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عم لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشوء وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رح اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشوء بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بينا ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقالت عائشة رض ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع

الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع كما يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضعة اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رض قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول وان اختلط اللبن بلبن شاة وهو الغالب تعلق به التحريم فان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر تعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة في هذا روايتان واصل المسألة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت به صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر به الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هي المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة في الوطء لكونها ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم

اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء اما المحرم في الرضاع فمعنى النشوء ولا يوجد
ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع به
صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو
وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن
شاة فلا رضاع بينهما لانه لا جزئية بين الادمي والبهائم والحرمة باعتبارها
واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه
يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم
ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها
وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة جاءت لا من قبلها والارتضاع وان كان فعلا منها
لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على
الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت
ان الصغيرة امرأته وعن محمد انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان
اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف
لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك
باتفاق الحال او لان الافساد ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه
الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح
واذا كانت مسببة شرط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت
بالنكاح وقد قصدت بالارضاع الافساد فلا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك
ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا منا اعتبار الجهل
لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات
وانما تثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك تثبت بشهادة
امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت
بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة
لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا
بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر
امرا دينيا

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن
وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها
حتى تنقضي عدتها لان الصحابة كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة
حتى تنقضي العدة وكان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل امرأته ثلثا عند كل

اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكن قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة لا

طهر واحده

طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة
والحسن طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال
مالك انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة
لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عم في حديث ابن عمر ان من السنة
ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل
الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع
فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى اخر
الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر انه يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها
ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها
ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا
وقال الشافعي كل الطلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم
والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة
عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي
تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة
الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في
نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة
الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد
بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ
السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات
انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت
وسنة في العدد فسنة العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت
تثبت في حق المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى
دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيه وهو الطهر الخالي عن
الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول
بها يطلقها في حال الطهر والحيض خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان
الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها
وفي المدخول بها تتجدد بالطهر واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد
ان يطلقها للسنة ثلثا طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى
شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن

ل

من المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر
الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر
تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة
كذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة
الاجارات قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان وقال
زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان
ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه
وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب
في وطي غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان الرغبة وصار كزمان الحبل
وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل
زمان الرغبة في الوطي لكونه غير معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة
بالجماع ويطلقها للسنة ثلثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر رح لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر
وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار
كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة
والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا
بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى
مع الحبل واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره
وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك
فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب
قول بعض المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية
بالقدر الممكن برفع اثره وهي العدة ودفعا لضرر تطويل العدة قال فاذا طهرت
وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال رضي الله عنه هكذا
ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال ابو الحسن الكرخي
ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكر في الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل
ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل
بالثانية ولا تتجزى فتتكامل ووجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه
لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه ومن قال لامرأته وهي من
ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة

لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان نوى ان يقع الثلث الساعة
او عند رأس كل شهر واحدة فهي على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة
الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه
لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه
وينتظمه عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة
وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات
الاقراء على ما بينا وان نوى ان تقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف
ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا تصح نية الجمع فيه
لان نية الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت
ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث

فصل ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي
والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان
الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره
واقع خلافا للشافعي رح هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف
الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق
في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع
وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير
راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي
والطحاوي انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل
العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا
حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع فزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع
طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت
مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى
وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان
زوجها او عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق
بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها
ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته اكثر وابلغ واكمل ولنا قوله عليه السلام طلاق
الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف
النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتتكامل عقدتين وتأويل ما روي ان الايقاع بالرجال

وإذا تزوج العبد امرأة وطلق وقع طلاقه عليها ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى

باب إيقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وإنه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا إذا نوى الإبانة لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله لأنه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل وعن أبي حنيفة رح أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخليص ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا ولا يقع إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك وقال الشافعي يقع ما نوى لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التفسير ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق فلا يحتمل العدد لأنه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا وإذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية وإن نوى ثلثا فثلث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لأنه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فإذا ذكره وذكر المصدر معه وإنه يزيده وكادة أولى وأما وقوعه باللفظة الأولى فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أي عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقع به الطلاق أيضا ولا يحتاج إلى النية ويكون رجعيا لما بينا أنه صريح في الطلاق لغلبة الاستعمال فيه لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة لأنه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الأجناس فيتناول الأدنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول إن الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث إنما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية أما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لأن معنى التوحد مراعى في ألفاظ الوحدان وذلك بالفردية والجنسية والمثنى بمعزل منهما ولو قال أنت طالق الطلاق وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي

الطلاق أخرى يصدق لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطالق فيقع رجعيتان إذا كانت مدخولا بها وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لأنه أضيف إلى محله وذلك مثل أن يقول أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة أو يقول رقبتك طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك لأنه يعبر بها عن جميع البدن أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال تعالى فظلت أعناقهم لها خاضعين وقال عم لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب ويهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك إن طلق جزءا شائعا منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك لأن الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق إلا أنه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدي ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الأمر على القلب ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها وهذا لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح إضافة النكاح إليها بخلاف الجزء الشائع لأنه محل النكاح عندنا حتى تصح إضافته إليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لأن الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل فكذا الجواب في كل جزء سماه لما بيناه ولو قال أنت طالق ثلثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لأن نصف التطليقتين تطليقة فإذا جمع بين ثلثة أنصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال أنت طالق ثلثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لأن كل نصف تطليقة يتكامل في نفسه فيصير ثلثا ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة إلى ثلث أو ما بين واحدة إلى ثلث فهي ثنتان وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا في الأول هي ثنتان وفي الثاني هي ثلث وقال زفر

في الاول لا يقع شيء وفي الثاني يقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل
تحت الضرب وكذا الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط
وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به
الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي ح ان المراد به
الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين
او ما بين ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرناه وارادة الكل فيما
طريقه طريق الاباحة كما ذكر والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى
لا بد ان يكون موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف
البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة
لا قضاء لانه يحتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة
في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر يقع
ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب في تكثير
الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها فان نوى
واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع
المظروف ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين
وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله
فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان
الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال ثنتين في ثنتين ونوى
الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر ثلث لان قضيته ان تكون
اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بينا
ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة
وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه
متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق
في الحال في كل البلاد وكذا قوله انت طالق في الدار لان الطلاق
لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة
لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق
اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال في
دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر
الظرفية فصل في اضافة الطلاق الى الزمان ولو قال انت طالق

غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك
بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به اخر النهار يصدق ديانة لا قضاء لانه
نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا
او غدا اليوم يوخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني
في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا
كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني
في الفصلين ولو قال انت طالق في غد وقال نويت اخر النهار دين في القضاء
عند ابي ح وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار
بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف
في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين وله انه نوى حقيقة كلامه لان
كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة
عدم المزاحم فاذا عين اخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من
الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة
مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله
لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد
تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق
فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق لانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح
او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع
الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان
انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت
طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما
اذا قال طلقتك وانا صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت
طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت
لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت
وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة
ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق ان
لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن
الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم ات البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح
ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك واذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى

يموت عند ابي حنيفة وقالا تطلق حين يسكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى
اذا الشمس كورت وقال قائلهم • واذا تكون كريهة ادعى لها • واذا يحاس الحيس يدعى
جندب • فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته انت طالق
اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت
ولابي حنيفة انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم • واستغن ما اغناك ربك
بالغنى • واذا تصبك خصاصة فتجمل • فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال
وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسألة المشيئة
لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط
يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية
اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ
يحتملهما ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه
قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها
وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق
قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى اصله من حلف لا يسكن
هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في باب الايمان
ان شاء الله تعالى ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا
طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم
والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى
ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق
من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين
في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول
البياض خاصة هو اللغة

فصل

ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان
نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ونوى الطلاق فهي طالق
وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح
مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة
بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما
يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها
دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك
فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها

لازالة

وهي مشتركة وكذا التحريم لازالة الحل وهو مشترك فتصح اضافتهما اليهما

لازالة الوصلة ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها ولو قال انت طالق واحدة
او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق
واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق
واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسألتين ولو كان المذكور هنا قول الكل
فعن محمد روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين
النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق
او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد
كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا
تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغى ذكر الثلث وهذا لان الواقع في
الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر
واذا كان الوقوع بما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء
ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى
حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا
ملك الرجل امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت
الفرقة للمنافاة بين المالكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه
اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح
ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا
بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع
الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل
الاول لانه لا عدة هناك حتى حل وطؤها له ولو قال لها وهي امة لغيره انت
طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة
لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما
على خطر الوجود وللحكم يتعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان
في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا
بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا
عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين يبقى شيء وهو ان
كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتأخر كما في قوله تعالى ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل
ما ذكرنا من معنى الشرط ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى له

اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن
الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى وانما ينعقد
المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة
مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار
كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به
المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان
الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع
الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط
وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان
يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير
بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم
بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عم الشهر هكذا وهكذا وهكذا
الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان
لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة
منها واذا كان تقع بالمنشور فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة
لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة
وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه
لم يقترن الاشارة بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف
الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق
بائن والبتة وقال الشافعي يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق
شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال
انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصف بما يحتمله الا ترى
ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد
المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى
الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق
واحدة وبقوله بائن والبتة اخرى يقع تطليقتان لان هذا الوصف يصلح
لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف

بلغ

بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال
اخبث الطلاق او اسوءه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق
البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون قوله البدعة وطلاق الشيطان بائنا
وعن ابي يوسف في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان
البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد من النية وعن محمد انه
اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف
قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال
كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف
وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد
فكان تشبيها به في توحده ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف
او ملاء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول فلانه وصفه
بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما
تصح نية الثلث لذكر المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة
تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند انعدامها
يثبت اقلهما وعن محمد انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به
التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث
فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأه لكثرته فاي ذلك نوى
صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة انه متى شبه
الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان
التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا
والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون للتوحيد على التجريد
اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف
بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد مع ابي حنيفة وقيل مع
ابي يوسف وبيانه في قوله مثل راس الابرة مثل عظم راس الابرة ومثل
الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة
فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه
يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا
الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته
لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن **فصل في الطلاق قبل الدخول**

اذا قال انت طالق مثل راس الابرة يقع واحدة بائنة

واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل قوله انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في اخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فيقع الاول في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال ثنتين او ثلثا لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة الاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان فيقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان لان البعدية صفة الاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله معها انه تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه لا محالة وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت الدار وقع عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقع ثنتان ولو قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فيقعن جملة كما اذا نص على الثلث او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب وعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا تقع الزائد على الواحد بالشك بخلاف

ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الاختلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح **واما الضرب الثاني** وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته **قال** وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة وتحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتمل هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا يقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا كان اولى وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب **قال** رضي الله عنه وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واعزبي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية الا ان تكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه **قال** رضي الله عنه سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا ويصلح سبا وشتيمة ففي حالة الرضى لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق

لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة
حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال
الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري
وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فيحمل عليه وفي حالة الغضب
يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد او السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح
للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان
الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رح في قوله لا ملك لي عليك
ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة
الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة
الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها
كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب
للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن
ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان
الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في
عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست كنايات على التحقيق لانها
عوامل في حقائقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد
لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلث فيها
لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا تصح
نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رح وقد بيناه من قبل فان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي
وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة
كلامه ولانه يأمر امرأته بالاعتداد في العادة بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا
له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى طلاقا صار
الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة ولا يصدق في
نفي النية بخلاف ما لو قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا ظاهر
يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاولين حيث
لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاولين لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل
موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما
في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

واذا قال الرجل لامرأته اختاري ينوي بذلك

الطلاق

الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها
ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل اخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها
المجلس باجماع الصحابة رض ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس
كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل
بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل اخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال
غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف
والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري
لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف اخر غيره فان اختارت نفسها
في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان
نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى
غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رض ولانه بسبيل من ان يستديم نكاحها
او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها
بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا
يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة
لان البينونة قد تتنوع فلا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها حتى لو قال لها اختاري
فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين
ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال لها اختاري
نفسك فقالت قد اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها
خرج جوابا له فيتضمن اعادته وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان
الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي
يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه وكذا لو قال لها اختاري فقالت
اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج
من محتملات كلامه ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان
لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت
انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رض فانها قالت لا بل اختار
الله ورسوله واعتبره النبي عم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز
في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشاهد بخلاف قولها اطلق نفسي
لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا
اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها

اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه وان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء. ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتاكيد وبدون التاكيد تقع الثلث فمع التاكيد اولى. ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة. وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة

فصل في الامر باليد وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصار كانها اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك تقع الثلث. ولو قالت طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة تملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم وقد حققناه من قبل.

ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الاخر وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت والامر باليد يحتمله فيتوقت الامر الاول باليوم وجعل الثاني امرا مبتدأ. ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين

بالوقت الاول

ابن يوم

بيدك

وعن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذلك اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين شيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم. وان قال لها امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته. واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل اخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل اخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تاخذ في عمل اخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تاخذ في عمل اخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل. ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا فصار كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الصحيح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رحمه الله. ولو قالت ادع ابي استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الجحود والانكار فلا يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت

الاحتباء نوع من القعود [illegible]

لأن سيرها غير مضاف إلى راكبها ألا ترى أنه لا يقدر على إيقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة

ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت
طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وإن طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك
وقعن عليها وهذا لأن قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع
على الأدنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الأجناس ولهذا تعمل فيه نية الثلاث
وينصرف إلى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لأن المفوض إليها صريح
الطلاق وهو رجعي ولو نوى الثنتين لا تصح لأنه نية العدد إلا إذا كانت المنكوحة
أمة لأنه جنس في حقها وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ولو قالت
قد اخترت نفسي لم تطلق لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال أبنتك
ينوي الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد أجزت ذلك بانت فكانت
موافقة للتفويض في الأصل إلا أنها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الإبانة فيلغو
الوصف الزائد ويثبت الأصل كما إذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة
وينبغي أن تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق
ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت
ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج أجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقا بالإجماع
إذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن أبي حنيفة أنه لا يقع بقولها
أبنت نفسي لأنها أتت بغير ما فوض إليها إذ الإبانة تغاير الطلاق ولو قال لها
طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه لأن فيه معنى اليمين لأنه تعليق الطلاق بتطليقها
واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لأنه تمليك بخلاف ما إذا قال لها
طلقي ضرتك لأنه توكيل وإنابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع ولو قال لها طلقي
نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده لأن كلمة متى عامة في
الأوقات كلها فصار كما إذا قال في أي وقت شئت وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله
أن يطلقها في المجلس وبعده وله أن يرجع لأنه توكيل وإنه استعانة فلا يلزم ولا
يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان
تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة
وليس للزوج أن يرجع عنه وقال زفر هذا والأول سواء لأن التصريح بالمشيئة
كعدمه لأنه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت ولنا
أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل
التعليق بخلاف البيع لأنه لا يحتمله ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة

فهي واحدة لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة ولو قال
لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة وقالا تقع
واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا
ولأبي حنيفة أنها أتت بغير ما فوض إليها فكانت مبتدئة لا مجيبة وهذا لأن
الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لأن الثلاث اسم لعدد مركب
مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكان بينهما مغايرة على سبيل المضادة
بخلاف الزوج لأنه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسألة الأولى لأنها
ملكت الثلاث أما ههنا فلم تملك الثلاث وما أتت بما فوض إليها فلغا وإن
أمرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية
وقع ما أمر به الزوج فمعنى الأول أن يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك
الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لأنها أتت بالأصل
وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الأصل ومعنى الثاني أن
يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية
فتقع بائنة لأن قولها واحدة رجعية لغو منها لأن الزوج لما عين صفة
المفوض إليها فحاجتها بعد ذلك إلى إيقاع الأصل دون تعيين الوصف
فصار كأنها اقتصرت على الأصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنة وإن
قال لها طلقي نفسك ثلاثا إن شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لأن
معناه إن شئت الثلاث وهي بإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد
الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت نفسها ثلاثا
فكذلك عند أبي حنيفة لأن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة الواحدة كإيقاعها
وقالا يقع واحدة لأن مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة كما أن إيقاعها
إيقاع الواحدة فوجد الشرط ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقالت
شئت إن شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر لأنه علق طلاقها
بالمشيئة المرسلة وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها
فخرج الأمر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى الطلاق لأنه
ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل
في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع إذا نوى لأنه إيقاع مبتدأ
إذ المشيئة تنبئ عن الوجود بخلاف قوله أردت طلاقك لأنه لا ينبئ عن
الوجود وكذا إذا قالت شئت إن شاء أبي أو شئت إن كان كذا لأمر لم يجئ

بعد ما ذكرنا ان المأتي به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق ويبطل الامر وان قال نعم قد شئت
ان كان كذا لامر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت
طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن
ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات
كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها
الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق
نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك
تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما فهي ومتى عندهما سواء وعند ابي حنيفة ان كانت
تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من
قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة
حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف
الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك
مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد
لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين
شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها لان كلمة حيث
واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر
على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره
خصوصا وعموما ولو قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة
ومعناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج نويت
ذلك فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وبين ارادته اما اذا
ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا
تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما
قالوا جريا على موجب التخيير قال رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة وعندهما
لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق
لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيئتها
لتكون لها المشيئة في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة ان كلمة كيف
للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود
الطلاق بوقوعه ولو قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها
ما شاءت لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من

المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال
فيقتضي الجواب في الحال وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها
ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة وقالا تطلق
ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على
تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت
ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به
ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشيئة حتى لو قال
طلق من شئت كان على الخلاف

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف
الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت
طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي لا يقع لقوله عم لا طلاق
قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته
قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك
اثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن
السلف كالشعبي والزهري وغيرهما واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط
مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان
الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا
تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملكه لان الجزاء
لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور
باحد هذين الامرين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة الى الملك
لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم
تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك
وسببه ولا بد من واحد منهما والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما
لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما يليها افعال فيكون علامات
على الحنث ثم كلمة ان حرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها
وكلمة كل ليس فيها شرط حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء
والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي
يليها مثل قوله كل عبد اشتريه فهو حر قال وفي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط
انحلت اليمين وانتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة
يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تع

كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار قال فإن تزوجها بعد ذلك
أي بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات
في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر وسنقرره
من بعد إن شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت
امرأة فهي طالق تطلق بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر لأن انعقادها باعتبار ما يملك
عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها
لأنه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقيت اليمين ثم إن وجد الشرط
في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى
اليمين لما قلنا وإن وجد في غير ملكه انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام
المحلية وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة لأنه
متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة
تدعيه فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل أن
يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي
ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس أن لا يقع لأنه شرط
فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان أنها أمينة في حق نفسها إذ لا يعلم
ذلك إلا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في
حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذا لو قال إن كنت تحبين
أن يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدي حر فقالت أحب طلقت
هي ولم يعتق العبد وقال إن كنت تحبيني فأنت طالق وصاحبتك فقالت
أحبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولم تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها
لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخلص منه بالعذاب وفي حقها إن تعلق
الحكم بإخبارها وإن كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الأصل وهو المحبة
وإذا قال إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر الدم
ثلاثة أيام لأن ما ينقطع دونها لا يكون حيضا فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بوقوع
الطلاق من حين حاضت لأنه بالامتداد عرف أنه من الرحم فكان حيضا من الابتداء
ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لأن الحيضة
بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها و
ذلك بالطهر وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوما طلقت حين تغرب الشمس
في اليوم الذي تصوم لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف

ما إذا قال

ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته
إذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت
غلاما وجارية ولا يدرى أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان
وانقضت العدة بوضع الحمل لأنها لو ولدت الغلام أولا وقعت واحدة وتنقضي
عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به لأنه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية
أولا وقع تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا
أنه حال الانقضاء فإذا في حال يقع واحدة وفي حال يقع ثنتان فلا تقع الثانية
بالشك والأولى أن يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما ذكرنا
وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت
وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثا مع
الواحدة الأولى وقال زفر لا يقع وهذه المسألة على وجوه أربعة إن وجد الشرطان في الملك
فيقع الطلاق وهو ظاهر وإن وجدا في غير الملك فلا يقع وإن وجد الأول في الملك
والثاني في غير الملك فلا يقع أيضا لأن الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع وإن وجد
الأول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب الخلافية له اعتبار
الأول بالثاني إذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم إلا أن
الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين
وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لأنه لا ينزل إلا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء
اليمين فيستغنى عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو الذمة وإن قال لها إن دخلت
الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول
فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله هي طالق ما بقي من
الطلاق وهو قول زفر وأصله أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما
فتعود إليه بالثلاث وعند محمد وزفر لا يهدم فتعود إليه بما بقي وسنبينه بعد إن شاء
الله تعالى وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق
ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال
زفر يقع الثلاث لأن الجزاء ثلاث مطلق لإطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها
فيبقى اليمين ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هي المانعة لأن الظاهر عدم ما يحدث
واليمين تعقد للمنع أو الحمل وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية
فلا تبقى اليمين بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله ولو قال لامرأته إذا
جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت فإن لبث ساعة لم يجب عليه

المهر فان اخرجه ثم اولجه وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي
يوسف انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب
الحد للاتحاد ووجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولم يوجد الادخال بعد
الطلاق ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق
الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد
وجب العقر اذ الوطي لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا
بالمكث عند ابي يوسف خلافا لمحمد لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا
بالاجماع لوجود الجماع **فصل في الاستثناء** واذا قال لامرأته انت طالق
ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عم من حلف بطلاق او عتاق وقال
ان شاء الله متصلا به فلا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط والجزاء فيكون
تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون
اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة ساير الشروط ولو سكت
ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول
وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام من ان
يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه
لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين
وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد
الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان
علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة دراهم فيصح استثناء البعض من الجملة
لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء
فيصير متكلما به وصارفا للفظ اليه وانما يصح ذلك اذا كان موصولا به كما ذكرنا
من قبل واذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني
واحدة فتقع واحدة ولو قال الا ثلثا يقع الثلث لانه استثنى الكل من الكل
فلم يصح الاستثناء **باب طلاق المريض** واذا طلق الرجل امرأته
في مرض موته طلاقا باينا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء
عدتها فلا ميراث لها وقال الشافعي رح لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت
بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب
ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان
انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق

[margin] ولم يوجد ذلك بعد الطلاق والعتق. كافي

[margin] حال

بعض

بعض الاثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية
في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان
طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم
مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتأخير لحقها وان قالت
طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم يكن
سؤالها رضى ببطلان حقها وان قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلثا
في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها
الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز اقراره ووصيته وان طلقها
ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك
ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر فان لها جميع ما اوصى وما اقر لان
الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما
في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية
عنه فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها
بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل
التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رح
في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية
عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء
العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها
ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج
والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام **قال** ومن كان محصورا او في صف
القتال فطلق امرأته ثلثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص
او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث
استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق حقها بماله بالمرض
المخوف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم
بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت حكم ما هو في معنى المرض في توجه الهلاك
الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور
والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا
المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك
فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك

[margin] فيما اذا لم يرض الزوج ببطلان حقه وماتت في العدة بان كانت ابنة زوجها لا ترث ففيما اذا رضي وهو ما نحن فيه اولى ان لا ترث كفايه

[margin] في حصن

الوجه وهذا دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهو اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بد او لا بد منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضا مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف ترث لان الزوج الجاها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه قال واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن الزوج في الجماع ورثت ووجه الفرق انها

(هامش: لم ترث ح)

بالردة

بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلاق الثلث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد لا ترث وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطي فكان السبب قائما قال وفي كل ما ذكرنا انها ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه

باب الرجعة

واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في العدة رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هي استدامة على ما بيناه وسنقرره من بعد والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في احد قوليه لا تصح الرجعة وهو قول مالك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انه تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه

الاستحباب

(هامش: يعني قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف من غير فصل بين الرضاء وعدمه اي لم يشترط رضاء المرأة كفاية)

(هامش: الافاعيل هي الوطي والتقبيل واللمس بشهوة كفاية)

(هامش: [illegible] كان [illegible] اصابة [illegible] الشهادة كفاية)

الاعلام وفيهما بالمفارقة وهو فيهما مستحب ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية واذا
انقضت العدة فقال قد كنت راجعتك في العدة فصدقته فهي رجعة وان
كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان
بتصديقها ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء
الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت
عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية
ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له
قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة
في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب
احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على هذا الخلاف ولو كانت على الاتفاق
فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة
بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها
عند ابي حنيفة وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له وقد اقر بما هو خالص
حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة
والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول
قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة
للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة
مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وان قالت انقضت عدتي وقال
الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا
انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان
انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة لان
الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقطعت الرجعة
وفيما دون العشرة يحتمل العود فلا بد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم
حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه
لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد اذا تيممت انقطعت وهذا
قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت
بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان
لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها

من الاحكام

من الاحكام والاوقات الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع
عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلوة فان اغتسلت ونسيت
شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان
كان اقل من عضو انقطعت قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس في
العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان
تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون
العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا انه
تنقطع الرجعة فلا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل
لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف رحمه الله ان
ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد هو بمنزلة
ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء ومن طلق امرأته
وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة
يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عم الولد للفراش وذلك دليل الوطي منه وكذا
اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا واذا ثبت الوطي تأكد الملك والطلاق في ملك
متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع الا يرى انه يثبت بهذا الوطي
الاحصان فلأن تثبت الرجعة اولى وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل
الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة فان خلا بها
واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد
الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا
لان تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول
فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين
بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى
في البطن هذه المدة فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني
يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي والمسلم لا يفعل الحرام
وان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه
من بطن آخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء
العدة لانه وقع الطلاق بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق
حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت
ولدا فانت طالق فولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذلك

الولد الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا
لما بينا انه يجعل العلوق بوطئ حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني
لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا
ووقعت الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من
ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج
اذ النكاح قائم بينهما اذ الرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب
لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده
المراجعة لانها ربما يكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول
العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر له ذلك لقيام
النكاح ولهذا كان له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن
الاية نهي عن اخراجهن في العدة ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم
يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت
وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على
رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه
الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ وقال الشافعي يحرمه لان
الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير
رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا
المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه
والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها
لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير
في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا
في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها
ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح
زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلث في حق الحرة لان
الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة
انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على
الوطئ حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم
الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عم لا تحل للاول حتى تذوق

اي الحائل ضد الحامل

عسيلة الاخر ويروى بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب وقوله غير معتبر حتى
لو قضى القاضي به لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال
قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو شرط
بالنص ومالك يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام
لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها للزوج الاول ومعنى
هذا الكلام ان يتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها بالتقاء الختانين وهو سبب
لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به
تخلقا قال ووطئ المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها
بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فان
طلقها بعد وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل
بالشرط وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه فلا يحلها على
الاول لفساده وعن محمد رح انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها للاول لانه استعجل
ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة
او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول
عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين كما يهدم الثلث
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية للحرمة
بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عم لعن الله المحلل
والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت
عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك
جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او
امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة
تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى

باب الايلاء

واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول
لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية فان قربها في الاربعة الاشهر حنث
في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين
ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال
الشافعي تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في
التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة
النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة وزيد بن

ثابت وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء
المدة فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به وان
كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه
لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد
الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها
وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان
تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا
فان تزوجها بعد زوج اخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك
وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث
فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن
موليا لقول ابن عباس لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في
اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين
بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث
يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني
ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما
مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا
لزفر هو يصرف الاستثناء الى اخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي
من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشئ يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر
بخلاف الاجارة لان الصرف الى الاخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك
اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو
قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته فيها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان
من غير شئ يلزمه بالاخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق
او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة
لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه
خلاف ابي يوسف رح فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شئ وهما يقولان
البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها
او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان
آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء
من ان يكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء

لفوات

لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا
ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب
صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة
ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة
العدة ولو كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء
او صغيرة لا تجامع مثلها او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في
مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك
سقط الايلاء وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان
فيئا لكان حانثا ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان وبهذا
ارتفع الظلم فلا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء فصار
فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف واذا قال لامرأته
انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة
كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا فان قال اردت الطلاق فهو
تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت
الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه
بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل
المقيد وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في
التحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره في باب الايمان ان شاء الله ومن
المشايخ من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدي
نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعلا
ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عم الخلع تطليقة بائنة ولانه
يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان ذكر المال
اغنى عن النية ههنا ولانها لم تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك
بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا لقوله تعالى وان
اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه اوحشها باخذ المال وان كان النشوز منها كره له
ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وفي الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق
ما تلوناه بدءا ووجه الاخرى قوله عم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما
الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذا اذا

واليمين منعقدة في حق الحنث لا في حق الطلاق

زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا

اذا اخذوا العشر منه لان مقتضى ما تلوناه شرع الجواز حكما والاباحة وقد ترك
في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي وان طلقها على مال فقبلت
وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا
وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك
النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا
لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر
وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المرأة
المسلمة على الخمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة منه وان بطل العوض
في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في
الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني
الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما
حتى يصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا وجه الى ايجاب غيره لعدم
الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار مغرورا
وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه
متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على
ما نذكره وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه فيه انه شريف
فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه واما الاسقاط فنفس شرفه فلا حاجة الى
ايجاب المال قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح
عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي
فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني
على ما في يدي من المال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت
مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة
البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا
للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من الدراهم او من دراهم ففعل فلم يكن
في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من ههنا للصلة
دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه وان اختلعت على عبد لها آبق على انها
بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد
معاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان
الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح وان قالت طلقني ثلثا بالف

فطلقها

فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة
بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض
والطلاق بائن لوجوب المال وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء
عليها عند ابي حنيفة رح ويملك الزوج الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان
كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء
وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته
انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط
لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء
لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتديا فوقع ويملك الرجعة ولو قال الزوج
طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج
ما رضي بالبينونة الا بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت
طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول في
الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على
شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل
قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف
فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء
عليهما عند ابي حنيفة رح وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا
لم يقبل لم يقع الطلاق والعتاق لان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم
احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبلها
الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان
عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان بدونه ولو قال انت طالق على
الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان
للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلث بطل الطلاق
وان لم ترد طلقت ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا الخيار باطل في الوجهين
والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع
من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها
شرط ولابي حنيفة رح ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف
على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه فيمين حتى لا يصح رجوعه
عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل

الا ليسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة ببعضها

جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت
قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد امس بالف
درهم فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان
الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته
بدونه واما البيع لا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول
رجوع منه قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين
على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يسقط فيهما الا ما سمياه
وابو يوسف رح معه في الخلع ومع ابي حنيفة رح في المبارأة لمحمد رح ان هذه معاوضة فيعتبر
المشروط لا غير ولابي يوسف رح ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها
من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه
الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رح
ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل
باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها
لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح
لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض
بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق
به في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق
بسائر الشروط فان خلعها على الف درهم على انه ضامن فالخلع واقع والالف
على الاب لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط
مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها
ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال
لانها ليست من اهل الغرامة وان قبل الاب عنها ففيه روايتان وكذا اذا خلعها
على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان
قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت
لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله
في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها
خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

باب الظهار

اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه
لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون

من نسائهم الى ان قال من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية
فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا
لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة
وارتفاعها بالكفارة ثم الوطئ اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في
الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى
الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله
ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عم للذي واقع
امرأته في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا
لنبهه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به
الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن
امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة
وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز له النظر اليه وكذا لو شبهها بمن لا يحل له النظر
اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في
التحريم المؤبد كالام وكذلك اذا قال رأسك علي كظهر امي او وجهك او رقبتك
او نصفك او ثلثك او بدنك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في
الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي
يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت به الكرامة فهو كما قال لان التكريم
بالتشبيه فاش في الكلام لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت
الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي
حرام ونوى به الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رح يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها
لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف
هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد رح ظهار لان كاف التشبيه
تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه
يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له وان
لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف رح ايلاء وعلى قول محمد رح ظهار والوجهان بيناهما ولو
قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رح وقالا هو
على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد رح اذا نوى الطلاق
لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رح يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة انه صريح
في كتاب الصوم ...

في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة
حتى لو ظاهر من امته لا يكون مظاهرا لقوله تع والذين يظاهرون من نسائهم ولان
الحل في الامة تابع فلا يلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في
المملوكة فان تزوج امراة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل
لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه
حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه
انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف
الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء
الحرمة فيتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم
يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان
لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص
الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال كل ذلك قبل المسيس وهذا
في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية
للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطئ ليكون الوطئ حلالا قال ويجزي في العتق الرقبة
الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء
اذ هي عبارة عن المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول
الكفارة حق الله فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق
الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكين من الطاعة ثم مقارنته المعصية يحال به
الى سوء اختياره ولا يجزي العمياء ولا مقطوعة اليدين او الرجلين لان الفايت
جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع
حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس
المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات منفعة
المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان
الفايت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فاذا صيح عليه يسمع
حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهامي
اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون
الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع
والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزي عتق المدبر وام الولد
لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى

بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رح انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه
ولهذا يقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان
الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رح له انه
يستحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه
على ما بينا ولقوله عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه
فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان
مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه تسلم له الاكساب والاولاد
ولا دلان العتق في حق المحل بجهة الكتابة او لان الفسخ ضروري لا يظهر
في حق الولد والكسب قال واذا اشترى اباه او ابنه ينوي بالشرى الكفارة
جاز عنها عندنا وقال الشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين
والمسئلة تاتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تع فان اعتق نصف عبد
مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي ح رح ويجوز عندهما لانه
تملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه
بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك
فيكون اعتاقا بعوض ولابي ح ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول
اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق
باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق
بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها
بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رح اما
عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا
بكلامين فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم
اعتق باقيه عنها لم يجز عند ابي ح رح لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط
الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص فاعتاق النصف حصل بعده وعندهما
اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس قال واذا لم يجد المظاهر
ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم
الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر
رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تع والصوم في هذه الايام
منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال
الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي ح ومحمد رح

وقال ابو يوسف لا يستأنف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يستأنف الصوم به وهو الشرط
وان كان تقديمه على المسيس شرطا فيما ذهبنا اليه فتقديم البعض وفيما قلتم
تأخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون
خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف وان افطر يوما منهما
بعذر او بغير عذر استأنف الصوم لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة
وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل
التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك
فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى
فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا
من تمر او صاعا من شعير او قيمة ذلك لقوله عم في حديث اوس بن الصامت وسهل
بن صخر اطعم لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين
فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان
اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان
امر غيره بان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له للآمر
اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا
وقال الشافعي لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان
التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام
وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في
الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن غداهم
صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه
الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام وان اطعم مسكينا
واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لا يجزيه الا عن يومه لان
المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني
كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد
في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد
في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وان
قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف لانه تعالى ما شرط في الاطعام
ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق
والصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا

بلغ

اطعم

اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك من قطار وظهار اجزاه
عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف
جنس السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة
واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير
فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق (احدهما)
في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر ومن وجب عليه كفارتا ظهار
فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة
اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة
فان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء
وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في
الفصلين وقال الشافعي له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها
باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف
العبد فليس له ان يجعل عن احدهما بعدما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا ان
نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فيلغو وفي الجنس المختلف مفيدة واختلاف
الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما
في رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء
والنذر فانه لا بد من التعيين والله اعلم

باب اللعان

اذا قذف الرجل امرأته
بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها
وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات
بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها
لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقوله تعالى
فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو
الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم
مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا
نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان يكون
هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب
بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون
الولد من غيره بالوطء عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل

في النسب الصحيح والكفاءة ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط
طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم
حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي
بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب فلو لاعن وجب عليها اللعان
لما تلونا من النص الا انه يبتدئ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها
الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه
واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد
لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تع
والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان هو من اهل
الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها
بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة
وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا
صدقته والاصل في ذلك قوله عم اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية
والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في
قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله **قال**
وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة
اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله
عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم
تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني
به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني
به من الزنا والاصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه ياتي
بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال ووجه ما ذكر
في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال **قال**
فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر رح تقع الفرقة بتلاعنهما
لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك
بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل
عليه قول ذلك الملاعن كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها هي طالق ثلاثا
قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة باينة عند ابي حنيفة ومحمد رح لان فعل القاضي
انتسب اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رح

هو حرام

[Margin notes:] ... عليه السلام ... كفاية
والحديث قوله عم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا كفاية

هو حرام مؤبد لقوله عم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد ولهما ان الاكذاب
رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن
ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه
وصورة اللعان فيه ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به
من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الامرين ثم
ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي انه عليه السلام نفى ولد امراة هلال بن
امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده
ويتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف رح ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته
امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فان عاد الزوج
واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا
عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف
غيرها فحد به لما بينا وكذلك اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها
واذا قذف امراته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان
اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا
لعدم اهلية الشهادة وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح
كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رح وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود
تندرئ بالشبهات واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة رح
وزفر رح لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد اللعان
يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل
لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال
يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال ان كان بك حمل فليس مني والقذف
لا يصح تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا
لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رح
ينفيه لانه عم نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام
لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على
انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او
في الحالة التي تقبل التهنئة او ابتياع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه
بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وقالا يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي
يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه

[Margin note:] ولو قال زنيت الحمل يكون قذفا لانه يحتمل التعليق بالشرط لانها متى لم تكن زانية قبل وجود الشرط لا تصير زانية بوجوده لان المعلق بالشرط لا يكون قاذفا في الحال ولا يمكن تحقيق القذف عند الشرط لعدم كلامه حقيقة كفاية

اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياع آلة متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن فكذا هذا

باب العنين وغيره

اذا كان الرجل عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود ولان الحق ثابت لها في الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان قد خلا بها فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بيناه من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف فلا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطأه مرجو واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت

ثيبا

السنة القمرية في الصحيح وهي ثلاثمائة واربعة وخمسون يوما ... ١٢٢

ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه وان كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمس وهي الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به فان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض باخر الآية وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه متجزي فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون

ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق
منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته ان سورة
النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره
لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها
ابعد الاجلين وهذا عند ابح ومحمد وقال ابو يوسف ثلث حيض ومعناه اذا كان
الطلاق بائنا او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف
ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفاة
اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي
لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة
احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الخلاف
وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق
الارث لان المسلمة لا ترث الكافر فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق
رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي
مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال النكاح بالبينونة والموت
وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها
وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها
يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس
وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ولو حاضت
حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل قال والمنكوحة
نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف
عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد
عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وعند الشافعي حيضة واحدة لانها تجب
بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش
فاشبهت عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض
ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن
امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابح ومحمد وقال ابو يوسف
عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي لان الحمل ليس بثابت النسب منه
فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن

ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت
المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء
لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف
الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن
فيه كما وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها
الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما ولا يثبت
نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح
يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة
التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلث حيض كوامل فلا تنقص عنها
واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه
المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل العدة الثانية
وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف
عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف
عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي
بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور
وتحتسب بما تراه من الحيض منها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق
عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت
مدة العدة فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر
ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها
من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق
او عزم الواطئ على ترك وطئها وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطء هو
السبب الموجب ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة
الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل
المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة
اقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره
واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين
لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امرأته
طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها
عدة مستقبلة وهذا عند ابح وابي يوسف وقال محمد لها نصف المهر وعليها تمام العدة
عن العدة الاولى

الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة
الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق
الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها وكما انها مقبوضة في يده حقيقة
بالوطأة الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك
القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي بيده
يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها
اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلناه

قال واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا
مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة وقالا
عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم
محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة فيما اذا كان معتقدهم انه
لا عدة واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت
العدة فكذا اذا وقعت بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها لعدم التبليغ
وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان
فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون
حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة انه يجوز نكاحها ولا يطأها
كالحبلى من الزنا والاول اصح

فصل وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها
اذا كانت بالغة مسلمة الاحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عم لا يحل لامرأة
تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة
اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب
اظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة
فلا تأسف بفوته ولنا ما روي ان النبي عم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال
الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب
لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله
ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب
والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من
وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التأسف والثاني ان هذه
الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة من النكاح فتجتنبها كيلا يصير ذريعة
الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى

عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة
والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا
يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس
ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه
رائحة الطيب قال ولا احداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على
صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى
فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد
مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانه
ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة
ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء
الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عم السر النكاح
وقال ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير في القول
المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج
من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت
في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين
بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى
عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى
ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت
على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به
حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال
وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه
ولهذا لو زارت اهلها وطلقها الزوج كان عليها ان تعود الى منزلها وتعتد فيه
وقال عم للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها
من دار الميت لا يكفيها واخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات
تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت
فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق باين او ثلث لا بد من سترة
بينهما ثم لا بأس لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه
عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امرأة
ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه قال

الاحداد لا يجب على خمس نسوة المطلقة طلاقا رجعيا والمعتدة عن نكاح فاسد والكتابية والصبية وام الولد اذا اعتقت كفاية

والاباحة اصل ... قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده ... كفاية

يعني لا يخرجن الا ان يأتين بالزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن ... ومعنى الاية على هذا القول لا يخرجن لكن اذا خرجت يكون الخروج فاحشة

في غير المصر

واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس هو بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وان كانت ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان معها محرم وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان كان معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق وكان العلوق قبله في حال قيام النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر فان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة فلا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطأها حرام قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر

الا ان يدعيه الزوج

بانقضاء

بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في اخر العدة وهي الثلثة الاشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بيناه في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر يعني من وقت الاقرار يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فيبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها وان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه واما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت

لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة ثبت بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب ثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف

ومن قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابح وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق لابي حنيفة انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابح وعندهما يشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة

قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تع وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال الله تع وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشرى وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوته وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين ثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء

ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امراة فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع

ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام فقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح

الفاسد وبالوطي عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث والله اعلم

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امراة قالت يا رسول الله عليه السلام ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عم انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق عليه واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكره ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم يكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للاولاد فان لم يكن له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عم الخالة والدة وقيل في قوله تع ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر له الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قائم مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال وان لم تكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده ويلبس وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى الادب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب

نزرا اي قليلا

شزرا اي ينظر بطرف العين

الفاسد

اقدر على التأديب والتثقيف والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا
للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى
معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين
والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت
حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى
تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها
ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه
شرعا **قال** والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في
حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق لهما وليس لهما قبل العتق حق في الولد
لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم
يعقل الاديان او يخاف عليه ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده
ولا خيار للغلام ولا للجارية وقال الشافعي رح لهما الخيار لان النبي عم خير ولنا انه
لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح
ان الصحابة لم يخيروا واما الحديث قلنا قد قال عم اللهم اهده فوفق لاختيار
الانظر لدعائه عم او يحمل على ما اذا كان بالغا

فصل واذا ارادت المطلقة
ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرجه
الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا
قال عم من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا الى مصر غير وطنها
وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب
الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب
احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد
ووجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح
والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح فيه وهذا كله اذا كان
بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت
في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر
فلا بأس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب
وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك والله اعلم

باب النفقات

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة
اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك

وان ارادت الخروج

وجوب النفقة

قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته
وقوله عم في حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء
الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله
القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة
والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره
انهما ان كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار
وان كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة
المعسرات وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رح لقوله تعالى لينفق ذو سعة
من سعته وجه الاول قوله عم لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك
وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية
والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه
يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب
وبه تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رح انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد
وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان
امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان
فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها
حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها فان عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة
بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر
على الوطء كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع
الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق
بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي رح لها النفقة لانها
عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك
ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا
لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة في ماله لان التسليم قد تحقق منها وانما
العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين وان حبست المرأة في دين فلا نفقة
لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة
فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف ان لها
النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا
وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف ان لها النفقة

ان القاضي محبوس للعامة فنفقته في بيت المال والعامل محبوس للفقراء فنفقته في مال الصدقات

اما النص

لان اقامة الفرض عذر ، ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي
المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس
قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وان
مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا
يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم
فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع عارض فاشبه الحيض
وعن ابي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت فلها النفقة لتحقق التسليم
ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب
ما يشير اليه وهو قوله فان مرضت في منزل الزوج قال ويفرض على الزوج
النفقة اذا كان موسرا نفقتها ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم
ولهذا ذكر في بعض النسخ ويفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها
ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا تفرض
لاكثر من خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح تفرض
لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما
ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه
كان كافيا فكذا اذا قام الواحد مقام نفسه قالوا ان الزوج الموسر يلزمه من
نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا
كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن
ابي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي
قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني
عليه وقال الشافعي رح يفرق بينهما لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي
منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه
يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض
القاضي فتستوفى في الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود
وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على
الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون
الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة
الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة
لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها

وذكر بعضهم ان تفسير الاستدانة على الزوج هذا الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج شرح

انه اذا استدانت على الزوج بامر القاضي كان لرب الدين ان يرجع بذلك على الزوج ... ان يأخذ من المستدينة كفايته

وطالبته

وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت
الزوج على مقدار فيها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليس بعوض
عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا
توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على
نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض واذا مات الزوج بعد ما قضي
عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة
صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي
تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون
وجوابه قد بيناه وان اسلفها نفقة سنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها
شيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح يحتسب لها نفقة ما مضى وما
بقي للزوج وهو قول الشافعي رح وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت
عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل
العوض بقدره ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات
بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك
لا يسترد شيء منها بالاجماع وعن محمد انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه
لا يسترجع منها لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها
دين في رقبته يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في
ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في
العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة ولو مات العبد
سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة واذا تزوج الحر امة فبوأها مولاها
معه منزلا فعليها النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم
الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها
بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في
النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه
لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد في هذا كالأمة

فصل

وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك
لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة
واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على
متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها

قوله قد بيناه اشارة الى ما تقدم من قولنا ان المهر عوض عن الملك فلا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن البضع الكمل

عليه كر

رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا ولو
اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع
والديها وولدها من غيره واهلها الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع
من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة
الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعها من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار
لان الفتنة في اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما
من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا
غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال
نفقة زوجة الغائب واولاده الصغار ووالديه وكذلك اذا علم القاضي بذلك
ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها
ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه
لا سيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم
في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب فاذا
ثبت حقها تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال في يد مضاربه وكذا الجواب
في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من
جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع
مال الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما
عندهما فلانه ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه ولا يقضي على الغائب
لانه لا يعرف امتناعه ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما استوفت
النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا
قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا اخر حيث لا يؤخذ
منهم الكفيل عند ابي حنيفة لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج
ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب **قال** ولا يقضي بنفقة في مال
الغائب الا لهؤلاء ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا
كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم فنفقتهم
انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي
بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت
البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي
القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضي لان فيه

نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد
يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن
الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة
الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها **فصل** واذا
طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال
الشافعي لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قائم
لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس
قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله عم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك
وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف
ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا
عليهن الاية ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق
حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا
كان لها السكنى بالاجماع فصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر فانه
قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت
حفظت ام نسيت سمعت رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة الثلث النفقة
والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد
وجابر وعائشة ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج
بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعرف عن
براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه
ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك
الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج
فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصار كما اذا كانت
ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي وبخلاف
ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق
لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا
حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله
سقطت النفقة وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت
بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلاق الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين
الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا

نقع العرفة **فصل** ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما
لا يشاركه في نفقة الزوجة احد لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب
وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب
واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه
وقيل في تاويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها اي بالزامها الارضاع مع كراهتها
وهذا الذي ذكر بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان
لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع ويستاجر الاب
من ترضعه عندها اما الاستيجار فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا
ارادت ذلك لان الحجر لها وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع
ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات
يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت
قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة
عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية
وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق
في حق بعض الاحكام ولو استاجرها وهي منكوحته او معتدته لارضاع ابن له
من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها واذا انقضت عدتها فاستاجرها
يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية فان
قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت
بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق وكان نظرا للصبي في الدفع اليها
وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة
في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزيادة اكثر من
اجرة الاجنبية ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب
نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه
جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه
بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه
الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم
يكن للصغير مال اما اذا كان له مال فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه
صغيرا كان او كبيرا **فصل** وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته
اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا

معروفا نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش الابن في نعم الله ويتركهما
يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام
الاب عند عدمه ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين
ويشترط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال
غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا
للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها
واجبة لها بالعقد لاحتباسها بحق مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها
فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره فكذا لا يمتنع نفقة
جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا
نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم
وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص
بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة
موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة
من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا
افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص
ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه
وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل
ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا
زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان
يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه
وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة
والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز لان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه
يلحقهما تعب الكسب والولد مامور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب
قال ويجب ذلك على قدر الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على
اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق **قال** وتجب نفقة الابنة
البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث
لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاف
والحسن وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير

ولايته ومؤنته حتى يجب عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام
الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى يكون نفقة الصغير
على الام والجد اثلاثا ونفقة المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا
على قدر الميراث غير ان المعتبر في ذلك اهلية الارث لا احرازه فان المعسر
اذا كان له خال وابن عم يكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب
نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب النفقة
على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف
نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم
دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي
عن ابي يوسف وعن محمد انه قدره بما فضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما
فضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو
القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان
الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه
واذا باع ابواه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وان باع العقار
لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ
ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك
الام في النفقة ولابي حنيفة ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي
ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها
محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف
في حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة
فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية
ثم له ان ياخذ منه بنفقته لانه جنس حقه واذا كان للابن الغائب مال في يد ابويه
فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما
قدمناه وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن
لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما
اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه
بالضمان فظهر انه كان متبرعا فيه واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام
بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع
اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها

قوله وقد بينا الوجه فيه بما تقدم من قوله فلا يقضي بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء لان لهم ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم اكمل

تجب

تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن القاضي
في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا
في ذمته فلا تسقط بمضي المدة **فصل** وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده
لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم اطعموهم مما تأكلون
والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله تعالى فان امتنع وكان لهما كسب
اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك
المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا تؤاجر مثلها اجبر
المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى
بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا على ما ذكرناه
ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها
ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين
الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه
اضاعته وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ما قلنا **كتاب العتاق** الاعتاق
تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا
منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة
الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر العاقل البالغ في ملكه شرط الحرية
لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله
لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل
للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق
اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا
لو قال الصبي العاقل كل مملوك املكه حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم
ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام لا عتق
فيما لا يملكه ابن آدم واذا قال لعبده او لامته انت حر او معتق او عتيق او
محرر او قد حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه
الالفاظ صريحة فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية
والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية
للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه
حر من العمل صدق ديانة لانه يحتمله ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر ولو
قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى بالوصف

قوله ولهذا اي ولكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله لانه لما اسنده الى حالة منافية للاعتاق كان انكارا فيه للاعتاق والقول قول المنكر اكمل

المذكور وهذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته
تصديقا لقاله وستقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه
يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد
وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا
عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال
لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في
الطلاق وان اضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف ف
فيه ان شاء الله تعالى وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد
والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد
بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق لانه
يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما
مرادا الا بالنية وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي
عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج
من الملك وتخلية السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل بالعتق ولا بد من النية
وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي
عن ابي يوسف بخلاف قوله طلقتك على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو قال
لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد
وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف
قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب
سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى
المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم
يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد
يحتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق
وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه
عند تعذر اعماله في حقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا
مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر
وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل
فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب
معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والاضافة

الى العبد

الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه
مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين
الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل
مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا
النداء بهذا اللفظ وقال زفر لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله
يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه
ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء
لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك
الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه
واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق
الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق
من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة
شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لم يعتق لان الامر كما
اخبره فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت
من غير اضافة والامر كما اخبر واذا قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق
عليه عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي لهما انه كلام محال فيرد ويلغو
كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق ولابي حنيفة انه محال بحقيقته
لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في
المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة
المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة
في الوصف الملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف
ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال
لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال
والتزامه وان كان القطع سببا لوجود المال لان القطع خطأ سبب لوجوب
مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب
على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع
ليس بسبب له اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا
ابي وامي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على هذا الخلاف لما بينا ولو قال لصغير
هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له

وتجوزا
اي مجازا
او توسعا
او رخصة

في الملك إلا بواسطة وهو الكل. وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجباً في الملك من غير واسطة. ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه. ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح. وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله تعتق إذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخهم له أنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلاً له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط أما الأحكام فثبتت بسبب سابق وهو كونه مكلفاً ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا على العكس. ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق لغة إثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يحيى فيقتدر ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازاً عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه. وإذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك في الحرية. ولو قال ما أنت إلا حر عتق لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة. ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن.

فصل ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله عليه السلام وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولاداً أو غيره والشافعي يخالفنا في غيره له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق أو الاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الأصل والولاد ملغى لأنها هي التي يفترض وصلها ويحرم

قطعها

قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة. والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقاً لمقصود العقد. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الأخ أيضاً وهو قولهما فلنا أن نمنع. وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة. والصبي جعل أهلاً لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لأنه تعلق به حق العبد فأشبه النفقة. ومن أعتق عبداً لوجه الله أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله في محله ووصف القربة في اللفظ الأول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين. وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل. وإن أضاف العتق إلى ملك أو شرط صح كما في الطلاق أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه. وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلماً عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء. وإن أعتق جارية حاملاً عتقت وعتق حملها تبعاً لها إذ هو متصل بها. وإن أعتق الحمل خاصة عتق دونها لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصوداً لعدم الإضافة ولا إليه تبعاً لما فيه من قلب الموضوع ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق فافترقا. ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزامه على الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وإنما يعرف قيام الحمل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه لأنه أدنى مدة الحمل. **قال** وولد الأمة من مولاها حر لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الأصل ولا معارض له فيه لأن ولد الأمة لمولاها. وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الأم باعتبار الحضانة أو لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لأن الوالد ما رضي به. وولد الحرة حر على كل حال لأن جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وأمومية الولد والكتابة.

باب العبد الذي يعتق بعضه

وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي ح

وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى
وهو قول الشافعي فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهما ان الاعتاق
اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي
وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رحمه الله
ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه
والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة
حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما
وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزي كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب
السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده
لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه
يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية
كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق
غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف
الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو حالة
متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزي عنده حتى لو استولد
نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان
فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان
كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه
وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان
اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء
اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد
والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه
على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما في
الثاني قوله عم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى
في حصة الاخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند
العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره
حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الاخر موسرا كان او معسرا لما قلنا
فكذا ههنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار اليسار وهو ان
يملك من المال قدر قيمة نصيب الاخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين
بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج

على قولهما

على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حالة اليسار
والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق
لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه
بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه
والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت
باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او
يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه
بالضمان وفي حالة الاعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى
لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق
بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء
عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة
قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي رح في
الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع
ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان
العبد ليس بجاني ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت
فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية
بل يبتني على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة
للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد قال ولو شهد كل واحد
من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين
كانا او معسرين عند ابي ح وكذا اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا
لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه
عند ابي حنيفة وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من
استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا
لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار
والاعسار لان حقه في الحالين في احد الشيئين لان يسار المعتق لا يمنع
السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الاخر وهو
السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه
وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد رح
ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته

بدعوى الضمان على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان
الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية تثبت لاقراره على نفسه وان
كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان
او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا
سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي السعاية
عليه ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر منهما لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون
متبريا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كلا منهما
يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما
ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل هذه الدار فلان غدا فهو حر وقال الآخر
ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في
النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لان
المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا
قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضي بشيء للجهالة كذا هذا ولهما
انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط
النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا
اعتق احد عبديه لا بعينه ومات قبل التذكر او البيان ويتأتى
التفريع فيه على ان يسار المعتق يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف
الذي سبق ولو حلفا على عتق عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما
لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء
وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا
اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه
وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه او لم يعلم وكذا
اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد
وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا
وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف
اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا الخلاف اذا اشتراه رجلان و
احدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق
لان شرى القريب اعتاق فصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما
نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه

صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو شرى القريب اعتاق
حتى يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار
والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية
عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر
ولا يعلم الآمر بملكه وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف
الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه
وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة
لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف
قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن ان كان موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه
ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد
بين ثلاثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا
الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق
ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد كله
مدبر للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان او معسرا واصل هذا
ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة منه فيكون
معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير
نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن
المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا
بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا
اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط خياره غيره فتوجه للساكت سببا
ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان
ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا
وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن
ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد
من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال ولهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان
يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة
المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمة القن على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان
من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا او هو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر

في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق لان العبد عتق
على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر
وقد افسد نصيب شريكه لما بيناه فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار
لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء
كله للمدبر وهذا ظاهر قال واذا كانت جارية بين شريكين فزعم احدهما انها
ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة وقالا ان شاء المنكر
استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم
يصدقه صاحبه نقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر
المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فتمتنع
الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد
النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر
ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن وهو النصف ولا
خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرا عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد
والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهذا امر لازم ولا
يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها
احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية
ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل ينبني عدة من
المسائل اوردناها في كفاية المنتهى وجه قولهما انها منتفع بها وطيا واجارة
واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في
المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا اية
التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع
والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية
والاستخدام باقيان ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب
لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع له ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف
المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة
الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة
الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت
وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا
بتكاتبها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

تقوم الولد

باب عتق

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال
احدكما حر ثم خرج واحد ودخل اخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من
الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الاخرين عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد كذلك الا في العبد الاخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان
الايجاب الاول داير بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول وهو اوجب
عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت
استفاد بالايجاب الثاني ربعا اخر لان الثاني داير بينه وبين الداخل
فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع
النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ
بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة ارباع ولانه لو اريد به هو الاول بالثاني يعتق نصفه
ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف
بالاول واما الداخل فمحمد يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت
وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه داير بينهما
وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب
الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف قال فان كان
القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق
وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة ارباع فنقول
يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن الاخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام
العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان
يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال
احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل
واحد منهما سهمان ويسعى في خمسة فاذا تاملت وجمعت استقام الثلث والثلثان
وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت
سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان هذا في
الطلاق وهن غير مدخولات بهن ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة
ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما
يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات
ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الاخر
لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير

غ

فتعين الآخر ولأن بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الانتفاع إلى موته والمقصود
ان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا إذا استولد إحداهما
للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط
الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على
البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف رح والهبة والتسليم والصدقة
والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك وكذا لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت
إحداهما لما قلنا وكذا لو وطئ إحداهما لما بينا ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم
جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة رح وقالا تعتق لأن الوطء لا يحل إلا في
الملك وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى
لزواله بالعتق كما في الطلاق وله أن الملك قائم في الموطوءة لأن الإيقاع
في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤها على
مذهبه إلا أنه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال
نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله والوطء يصادف المعينة بخلاف الطلاق
لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء
الملك في الموطوءة صيانة للولد أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة
دون الولد فلا يدل على الاستبقاء ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه
غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق
نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد لأن كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما
إذا ولدت الغلام أول مرة عتقت الأم بالشرط والجارية لكونها تبعا لها
إذ الأم حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولا لعدم
الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف أما الغلام فيرق
في الحالين فلهذا يكون عبدا وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولا وأنكر
المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع يمينه لإنكاره شرط العتق فإن
حلف لم تعتق واحد منهم وإن نكل عتقت الأم والجارية لأن دعوى الأم حرية
الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت
الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسألة بحالها عتقت الأم بنكول المولى خاصة
دون الجارية لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول
تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية
لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم

لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لأنه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر
يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهي **قال** وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق
أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رح إلا أن تكون في وصية استحسانا ذكره في
العتاق وإن شهدا أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على
أن يطلق إحداهن وهذا بالإجماع وقالا الشهادة في العتق مثل ذلك وبوجوبها
يوقع العتق على أحدهما وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير
دعوى العبد عند أبي حنيفة رح وعندهما تقبل والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة
مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة وإذا كان العبد شرطا
عنده لم يتحقق في مسألة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل
الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى أما في الطلاق
عدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لأنها ليست بشرط فيها ولو شهدا
أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رح وإن لم تكن الدعوى شرطا فيه لأنه إنما
يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم
لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين
وهذا كله إذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه
في مرض موته وشهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته
أو بعد الوفاة تقبل استحسانا لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في
مرض الموت وصية والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو
الوصي أو الوارث ولأن العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا
ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حر فقد قيل لا تقبل لأنه ليس بوصية وقيل
تقبل للشيوع والله أعلم

باب الحلف بالعتق

ومن قال إذا دخلت الدار فكل
مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لأن قوله يومئذ
تقديره يوم إذ دخلت إلا أنه أسقط الفعل وعوض عنه بالتنوين فكان المعتبر قيام
الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق
لما قلنا **قال** ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لأن قوله كل مملوك لي للحال والجزاء
حرية المملوك في الحال إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود الشرط فيعتق
إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال
كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا إذا ولدت لستة
أشهر فصاعدا ظاهر لأن اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود

اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك
المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك
يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رضي الله عنه
وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي ذكر لم يدخل الحامل فيدخل
الحمل تبعا لها وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر
بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان
قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له
من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة سين وسوف فيكون مطلقه للحال
فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما اشتراه
بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك
فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر
وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم
حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت
فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار
هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث
وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية
بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها
والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق
يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن
حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة
الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت
يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على
ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال
فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين
مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد والله اعلم

باب العتق على جعل ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك
مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه
معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت
الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى

تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف
واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من حيث النقد والعرض والحيوان وان كان
بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم
العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة
الوصف لانها يسيرة **قال** ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا
وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه
يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء
وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار
مأذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي
فكان اذنا له دلالة وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد
ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رح
لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط
لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على
مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة
لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا
الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف
الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في
مثل هذا اللفظ حتى كان باينا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ دفعا
للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري
الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا
للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج
المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول
الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي
ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها
ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه في قوله ان
اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان كلمة
اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف
درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا
قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث

لان المجاهدة هي المشروعة عند الاختيار

فان قيل يستعمل للشرط والوقت على السواء فينبغي ان لا يقتصر على المجلس قلنا انه ان اعتبر بجهة الشرطية يقتصر وان اعتبر بجهة الوقتية لا يقتصر فلا يقتصر بالشك ط

يكون القبول اليه في الحال لانه ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق
قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت
ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل
العبد عتق ثم مات العبد من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا
فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا
فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية
اخرى وهو ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت
يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء
انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة
بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم على
ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لان من
قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق على المأمور
بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف
على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز
وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت
الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل
عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد
قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له
وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه
ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب
مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت
فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا
لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه
ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي يجوز لانه
تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر
المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عم المدبر
لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية
تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال

وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخير
السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من
السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانعة والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع
الطلاق والعتاق وامكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية
عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال
السبب لا يجوز في البيع وما يضاهيه ذلك وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره
وان كانت امة يطأها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه
يستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما رويناه
ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت
في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وان كان على المولى
دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد
قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة وان علق التدبير بموته
على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا
فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفة
بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات
المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه يثبت
حكم التدبير في اخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر
من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف
ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له
لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عم اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت
بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة
بواسطة الولد فان المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف
في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف
السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار
النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى
اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق بموتها وبثبوت عتق مؤجل
يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب
عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه

فرع النسب فيعتبر باصله وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان
الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به
وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت
بالوطي وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة
دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي بخلاف
العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك
بولد ثبت نسبه منه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى
الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه
ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة
حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله
بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها
وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان
الولد منه فان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر
يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة رح وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف رح وعن
محمد رح ذكرناهما في كفاية المنتهى فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه
لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة
رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا
اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه
ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات
المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عم
امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة
الى الولد اصلية فيقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه
وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما
روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رح فلا يتعلق
بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت ام ولد
النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة لا تعتق حتى تؤدي
السعاية وقال زفر رح تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف
فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة
الذل عنها بعدما اسلمت واجب وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع

فتعين الاعتاق

فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها
بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية
فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية ام الولد
يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة
وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء
يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت
في حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد
امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رح لا تصير ام ولد له ولو
استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها صارت ام ولد له عندنا وله فيه قولان
وهو ولد المغرور له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت
من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء
الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على
ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما
كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه
للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة
نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد
وهي غير ثابتة واذا وطي جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت
ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسألة
بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه علق
حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد وان وطي اب الاب مع
بقاء الاب لم يثبت النسب منه لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب
ميتا ثبت من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب
ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين
فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت النسب منه لانه لما ثبت النسب في نصفه
لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو
العلوق اذ الولد الواحد لا يتعلق من ماءين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد
لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل
للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد
ويضمن نصف عقرها لانه وطي جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد

فتتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك
هنالك يثبت بشرط الاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة
ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك
الشريك وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال
الشافعي يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا
ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عم بقول
القائف في اسامة رضي الله عنه ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة
لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما
وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ولانهما
استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى
ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا
يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين
اب الآخر او كان مسلما احدهما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو
الاسلام وفي حق الاب وهو ما له من الحق في نصيب الابن وسرور
النبي عم فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة وكان قول
القائف مقطعا لطعنهم فسر به وكانت ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما
في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد
منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما
ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب
واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه
فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رح
انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو
الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب
يملك تملكه فلا يعتبر تصديق الابن قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك
لان ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره قال وقيمة ولدها لانه في معنى
المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة
ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور
وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما
ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

الايمان على ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف
على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عم من حلف
كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي
فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق
بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة
حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة
لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس
ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة هو الحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا
حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما
ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر في الماضي وهو يظن انه كما قال والامر
بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان
يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم
الله باللغو في ايمانكم الآية الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال والقاصد
في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عم ثلث جدهن جد
وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي يخالفنا في ذلك وسنبين
في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو سواء لان الفعل
الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون
لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله
وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله تعالى او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة
من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف
بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته
فصلح ذكره حاملا ومانعا الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف
ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال
وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا رحمة الله لان الحلف بها غير متعارف
ولان الرحمة قد تذكر ويراد بها اثر الرحمة وهو المطر او الجنة والغضب
والسخط يراد بهما اثر العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي
والكعبة لقوله عم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف
بالقرآن لانه غير متعارف قال معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال

وحروف القسم

وانما يبرئ منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله
والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في
القرآن وقد تضمر الحروف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف
من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل يخفض فتكون
الكسرة دلالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى
آمنتم به اي آمنتم له قال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول
محمد رح واحد الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق
من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه
يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه فيكون حالفا بغير الله قالوا ولو قال والحق
يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق معرف من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به
تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله
فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة
وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى
قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع
وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال
العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداي يكون يمينا
لانه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال كند خورم بطلاق
زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله
بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة
كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد
يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا
قال علي نذر او نذر الله لقوله عم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين
ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل
الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه
لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله
فهو الغموس لا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما
اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان
كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل
ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخطه فليس بحالف لانه دعاء

الحلف ه

على نفسه

على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان
فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه
الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس
بمتعارف

فصل في الكفارة

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ
فيها ما يجزئ في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا
فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين
كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة
مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلاثة قال
فان لم يقدر على احد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة ايام متتابعات وقال الشافعي
يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلاثة ايام متتابعات
وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب بيان ادنى الكسوة مروي عن
محمد وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان ادنى ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز
السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن
الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث
لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين
فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية واليمين ليست
بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من
المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم
اباه او ليقتلن فلانا فينبغي ان يحنث ويكفر عن يمينه لقوله عم من حلف على
يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان
فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده
واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد الاسلام فلا حنث عليه لانه
ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو
اهل للكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه
ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب
المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن
اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت حرمة لعينه باثبات موجب اليمين فيصار
اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من
الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه ولو قال كل حل

على نفسه

على حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما
فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر ووجه الاستحسان
ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف
الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول
المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف
اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا
يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في
قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بدست راست
كيرم بروي حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية
للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء لقوله عم من نذر وسمى فعليه الوفاء
بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث
ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن محمد انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت
كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول
محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان
فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف
ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه
وهذا التفصيل هو الصحيح قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه
فلا حنث عليه لقوله عم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد
من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث
لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا
او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز
بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف حنث لانه يبات فيه عادة
وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي
والصيفي وقيل اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل
الجواب مجرى على الاطلاق وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا
خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت
صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار
غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف

اي صفاف اهل الكوفة

في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم
بنيت دارا اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام
وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بني بيتا فدخله لم يحنث لانها
لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام
واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به ولو حلف لا يدخل هذا البيت
فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت لانه لا يبات
فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف
وصف فيه وكذا اذا بني بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام
ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من
الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل
في عرفنا لا يحنث قال وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان
يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث
اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها
فلم يكن الخارج في الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث
بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له
حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج
الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال
لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته
لم يحنث وحلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته
لم يحنث وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد
للبر فيستثنى منه زمان تحققه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه
الافعال لها دوام بحدوث امثالها الا ترى انه يضرب لها مدة يقال
ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى
المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه
ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد
الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان
السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة
بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع
والاهل فيما روي عن ابي يوسف رح لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه

عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رح
لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبتت بالكل فيبقى
ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر
وقال محمد رح يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى
قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير
حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر ودليله في
الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول
في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والركوب والاتيان وغير ذلك

ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله واخرجه حنث لان فعل المأمور
مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت به وان اخرجه مكرها
لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث
في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضاء ولو حلف لا يخرج من داره
الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج
مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج
يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو
الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها
لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف ان لا يذهب
اليها قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال وان
حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء
حيوته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا
على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا
لم يمرض ولم يمنعه سلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم يأته حنث
وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة
الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة
الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة
لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه
خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت
ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان
المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى

الاذن

الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه ولكنه خلاف الظاهر
ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه
لم يحنث لان هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين بها كما اذا قال حتى آذن لك
ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست
ثم خرجت لم يحنث وكذا اذا اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان
ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة
باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا
ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت
فعبدي حر فخرج الى منزله فتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب
فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال
ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا ومن حلف
لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم
يحنث عند ابي حنيفة رح الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان نوى لانه
لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين
لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا
شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد
من النية وقال ابو يوسف رح يحنث في الوجوه كلها اذا نواه لاختلال
الاضافة وقال محمد رح يحنث وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع
وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

ومن حلف لا يأكل
من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه
لانه سبب له فيصلح مجازا عنه ولكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى
لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر
فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من
هذا اللبن فصار الرطب تمرا واللبن شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة
داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا ينصرف
اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب
فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم
يعتبر الداعي في الشرع ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكله بعد ما صار
كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع

قوله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لان هذا استثناء من مقدر غير ملفوظ فانه لما ذكر قوله فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رح قدر فيه قوله هذا اذا لم ينو فاما اذا نوى ركوب دابة العبد فيحنث حينئذ بركوب دابة العبد الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى كفاية

عنه اكثر امتناعا من لحم الكبش ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر
ومن حلف لا ياكل رطبا او بسرا او حلف لا ياكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا
يحنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب
المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا وصار كما
اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل
بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود
في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف
لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف
الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه
شيئا فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا
او لا ياكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون
الشراء لما قلنا ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث
لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم
منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او لحم انسان
يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام وكذا اذا
اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال
اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما
لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم
السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى
انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث
باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا
بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف
لا يشتري او لا ياكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع
ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة
لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا
ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة ان له حقيقة
مستعملة فانها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف
على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما
اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الكتاب حنث

ايضا

ايضا ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير
ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لم يحنث هو الصحيح لتعين
المجاز مرادا ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله
خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو
اكل منه خبز القطايف لم يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه
لانه محتمله ولو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم
حتى لو كان بطبرستان او في بلده طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا ياكل
الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند
الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض وغيره لمكان الحقيقة ولو
حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا
للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو
اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل
من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف
لا ياكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال
يكبس وفي الجامع الصغير ولو حلف لا ياكل رأسا فهو على رؤوس البقر
والغنم عند ابي حنيفة وقالا على رؤوس الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر
وزمان كان العرف في زمانه فيهما وفي زمانهما في الغنم خاصة وفي زماننا
يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر واذا من حلف لا ياكل فاكهة
فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا
او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا حنث في العنب والرطب
والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده
اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون
التفكه معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح
واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول
بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى
التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها
وابو حنيفة يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها
فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان
اليابس منها من التوابل او من الاقوات ولو حلف لا ياتدم فكل شيء

اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابح وابي يوسف رح
وقال محمد رح ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان
الادام من المؤادمة وهي الموافقة وما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم
والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يكون تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة
ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج
ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده
عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده
الا ان ينوي به لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح واذا
حلف لا يتغدى فالغداء هو الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة
الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي
العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من
السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر
عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان
لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين
في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير
مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست
ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة
في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء
ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا
عند ابح وقالا ان شرب منها باناء حنث لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة
من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا
فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب من ماء دجلة
فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار
كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا
الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق
قبل الليل لم يحنث عندهما وقال ابو يوسف رح يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى
اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كانت اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد
اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف لان اليمين انما تنعقد للبر فلا بد
من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه

فيظهر في حق الخلف والكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف
ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث
عندهما وعند ابي يوسف رح يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم
جميعا فابو يوسف رح فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التوقيت
للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر
كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب
البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا
مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك
لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقدت
ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت
يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رح لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل
حقيقة فلا تنعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء
ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدونها وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل
الله تعالى واذا كان متصورا تنعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز
الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة
بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف
ولا ماء فيه لا يتصور فلا تنعقد

باب اليمين في الكلام

ومن حلف
لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل
الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه
لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه
مشايخنا لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع
صوته ولو حلف ان لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن
حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من
الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رح
لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالآذن كالرضا قلنا
الرضى من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر وان حلف لا يكلمه
شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين فذكر الشهر
لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا
قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا يتابد اليمين فكان

ذكره لتقدير الصوم وانه منكر فالتعيين اليه ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن
في صلوته لم يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح
والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لانه كلام
حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عم ان صلوتنا
هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير
الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم اكلم
فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن
بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره
والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه
ايضا وعن ابي يوسف رح انه لا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال
ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض
خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا
الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن فلان
او حتى ياذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه
بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية
بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان سقطت اليمين
خلافا لابي يوسف رح لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالقدوم والاذن ولم
يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط
فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا
بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته
او عادى صديقه فكلمه لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف
الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه
هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد يحنث في المرأة
والصديق قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق
مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة
وجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل
المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان
كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان بعينها
او صديق بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهو قول ابي حنيفة

ابي حنيفة وابي يوسف

وابي يوسف وقال محمد يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر وان حلف لا يدخل
دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر
ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت
ولغت الاضافة وصار كالمرأة والصديق ولهما ان الداعي الى اليمين معنى
في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط
منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا
كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته
فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم
التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه
ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا
يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم
هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث في يمينه لان الحكم تعلق بالمشار
اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على
ما مر **فصل** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو
على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعين سنة قال الله تعالى
حين من الدهر لم يكن وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين
باذن ربها وهذا هو الاوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع
لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت
عنه يتأبد فتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك
منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا
على ما نواه حقيقة كلامه وكذا الدهر عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة رح
لا ادري ما الدهر وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح واما المعرف بالالف
واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان
يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وابو حنيفة رح توقف في تقديره
لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف
في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر
منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة
ايام عند ابي حنيفة رح وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على
عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان الالف واللام للمعهود وهو

قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون الآية

هل اتى على الانسان

ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك
عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود
دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي ح
عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما
زاد عليها تكرار وقيل لو كانت يمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه
يذكر بلفظة المفرد دون الجمع والله اعلم

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت
وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون
ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة
والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال
اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده
عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت
على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء
ولابي حنيفة ان مطلق اسم الولد يتقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات
الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت
فيتقيد بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء
الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا قال اول عبد اشتريه
فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى
عبدين معا ثم اخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق
في الثالث فانعدمت الاولية فان قال اول عبد اشتريه وحده
فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال
لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال اخر عبد اشتريه فهو حر
فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الاخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون
لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الاخر لانه فرد لاحق
فاتصف بالاخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة ويعتبر من جميع المال
وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الاخرية لا تثبت الا
بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا
عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة ان الموت معرف فاما الاتصاف بالاخرية
فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات

الثلث

الثلث به وفائدته تظهر في حرمان الارث وعدمه ومن قال كل عبد بشرني
بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة
اسم لخبر تغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف وهذا انما
يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال
ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه
لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه وان
اشترى اباه ينوي كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي لهما
ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات
الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب
اعتاق لقوله عم لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه
فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله
سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة
ان يقول لامة قد استولدها بنكاح ان اشتريتك فانت حرة
عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه
عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى
اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة
عن كفارة يميني حيث تجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة
بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال
ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت
لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة
في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية
فتسراها لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك
فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي
حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري
وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي
مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها
ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها فطلقها لم تطلق فهذه
وزان مسئلتنا ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده و
مدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك

ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير
ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل وطي المكاتبة بخلاف
ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة
له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان
او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة
على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما قال
احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق
الاخير وله الخيار في الاوليين

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع ولا يشتري او لا يواجر
فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت
الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم
يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان
ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد
بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق
فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه
الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال
عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في
الفرق ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث
في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته
غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع
الى المامور ولو قال عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف
ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام
يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ
ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة
لا قضاء اما الضرب والذبح ففعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر
بالتسبب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق
ديانة وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث
في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التادب والتثقف فلم
ينتسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الائتمار

عايدة

عايدة الى الآمر بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال ان بعت لك هذا
الثوب فامراته طالق يعني ثوب المحلوف عليه فدس المحلوف عليه ثوبه
في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع
فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه
النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث
اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم
لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به
وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري
فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة
فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ولو قال هذا العبد حر ان بعته فباعه
على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل
الجزاء وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على
انه بالخيار عتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم
فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق يتعلقه
والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا
هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامراته طالق
فاعتق او دبر طلقت امراته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع
لفوات المحلية واذا قالت المراة لزوجها تزوجت علي فقال كل امراة
لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف رحمه الله
انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها و
هو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على
حرف الجواب فيجعل مبتدا وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت
عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها
يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة او غيرها علي المشي الى
بيت الله او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب
واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شي لانه التزم ما ليس بقربة واجبة
ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ماثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس
تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة

ولو حلف بالمشي الى بيت الله تعالى وهو ينوي مسجد المدينة او مسجدا سوى المسجد الحرام لا يلزمه شيء لان المنوي من محتملات
لفظه فانها جدا كلها بيوت الله تعالى على معنى انها تجردت عن حقوق العباد وصارت معدة لاقامة
الطاعات فيها لله تعالى نهاية

البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه في المناسك
ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله فلا شيء عليه لان التزام
الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او الى
الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا في قوله علي المشي الى
الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الخلاف لهما ان
الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف
الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير
متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي
حر ان لم احج العام فقال قد حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة
لم يعتق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يعتق لان هذه شهادة
قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط
ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات
التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج العام غاية الامر ان
هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا دفعا للحرج
ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه ذلك
حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب
ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه
يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانتهائه الى آخر اليوم واليوم
صريح في تقدير المدة ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان
سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا
بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة
فما لم يأت بجميعها لا تسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك
ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين
لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

البتيراء تصغير البترا تأنيث الابتر ... المنقطع الذنب ... وهو في الاصل ... جعل عبارة عن الركعة الواحدة

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته
ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه
فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزله من قطن ملكه
يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما
ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس

قوله هدي بفتح الهاء وسكون الدال ... وبكسر الدال وتشديد الياء ما يهدى الى الحرم ... الهداية

وغزل

وغزل المرأة ليس من سبب الملك وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن
الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلته من قطن
مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس
خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله
للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي
ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث
عند ابي حنيفة وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القران وله انه لا يتحلى
به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على
فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل
فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فقطع
النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير
لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين
الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير
فجلس على سرير وفوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه
والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا
آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

باب اليمين في القتل والضرب

وغيره ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة
لان الضرب اسم لفعل مولم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت
ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة في قول العامة وكذلك الكسوة
لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت
لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس
وكذلك الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت
ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال
ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعدما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة
ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته
فمد شعرها او عضها او خنقها حنث لانه اسم لفعل مولم وقد تحقق الايلام
وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم
اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه

على حيوة يحدث الله تعالى فيه فهو متصور فتنعقد ثم يحنث للعجز العادي وان
لم يعلم به لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فتصير قياس
مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح والله اعلم

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف ليقضين دينه الى قريب
فهو ما دون الشهر وان كان الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا
والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ
شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها
زيوفا او ستحقة او نبهرجة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب
لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة
صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث
لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان
باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت
بمجرد البيع وكانه شرط القبض ليتقرر به وان وهبها له لم يبر في يمينه لعدم
المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين ومن حلف
لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لان
الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين
معروف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبضه في وزنين ولم
يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض
الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان
لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه
عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها وكذلك
اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء

مسائل متفرقة

ولو حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة
عموم النفي وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل
واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس
عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل
داعر دخل البلد فهو على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره او شر غيره
بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في
ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر

فانه يعتبره

فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال
وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع
فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا
او ياسمينا لم يحنث لانه اسم لما ساق له ولهما ساق ومن حلف لا يشتري
بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بايعه بايع
البنفسج والشرى يبنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف
على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج
قاض عليه والله اعلم

كتاب الحدود

الحد في اللغة هو المنع ومنه الحداد
للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص
حدا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه
الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست باصلية فيه بدليل شرعه
في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان
البينة دليل ظاهر وكذلك الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما
يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفي بالظاهر
قال فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالى
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عم
للذي قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان
في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده
واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنا وبمن زنا
لان النبي عم استفسر ماعزا رضي الله عنه عن الكيفية وعن المزني بها ولان
الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنا في دار
الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود
كوطي جارية الابن فيستقصى عن ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا
رايناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في
السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء
قال عم ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة وتعديل
السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبسه حتى
يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس النبي عم رجلا بالتهمة بخلاف
الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسنبينك الفرق ان شاء الله تعالى

قال والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشترط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي يكتفى بالاقرار مرة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فان النبي عم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف ان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة لان النبي عم طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لانه يحتمل انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي وهو قول ابن ابي ليلى يقيم الحد عليه لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العباد كالقصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عم لماعز لعلك مسستها او قبلتها قال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

فصل في كيفية الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عم رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ولان الشاهد

قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بداءته احتيال للدرء وقال الشافعي لا تشترط بداءته اعتبارا بالجلد قلنا ان كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى النبي عم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عم في ماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عم على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به قال يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وتنزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد شرع زاجرا لا متلفا الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عم للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن من فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا وقال ابو يوسف يضرب الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب الرأس سوطا لقول ابي بكر الصديق رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حق حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا او امة جلده

خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق
منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فتكون
ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة
لا تنزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو
والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان
وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عم
حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك
لا يضره لان النبي عم لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه
استر ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عم ما حفر لماعز ولان مبنى
الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع قال ولا يقيم
المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي له ان يقيمه لان له ولاية
مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار
كالتعزير ولنا قوله عم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى
لان المقصود منه اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه
من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد
ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه قال واحصان الرجم ان يكون
حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على
صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما
وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة
يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا
عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما
ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح
الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه
من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية
بعد توفر الزواجر اغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف
في رواية لهما ما روي ان النبي عم رجم يهوديين قد زنيا قلنا ذلك كان
بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر
في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان
فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية

لا يكون

لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي
حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة
المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق
الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف يخالفهما في الكافرة
والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عم لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر
الامة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم لانه عم لم
يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم
اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين
الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب
عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا
كل واحد منهما مائة جلدة جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى
كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من
العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه
الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحديث
منسوخ كشطره وقوله عم البكر بالبكر جلد مائة والثيب بالثيب جلد مائة ورجم
بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال الا ان يرى الامام ذلك مصلحة
فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال
فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة واذا
زنا المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض
وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يؤدي الى الهلاك ولهذا لا يقام
القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا
يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد فحتى تتعالى
من نفاسها اي ترتفع يريد به ان تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى
زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رح
انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في
التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عم قال للغامدية بعد ما وضعت
ارجعي الى ان يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس حتى تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة
كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطء الموجب للحد هو الزنا

والزنا في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك
لأنه فعل محظور والحرمة على الإطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك
قوله عليه السلام ادرؤوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه
وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لأن معناه أن
يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل
النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين
لإطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأول
وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا في الأول وإن سقط الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه
الأمر عليه ولم يتمحض في الثاني فالشبهة في الفعل في ثمانية مواضع جارية أبيه
وأمه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة
وأم ولد أعتقها مولاها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في
حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو الأصح والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن
ففي هذه المواضع لا حد إذا قال ظننت أنها تحل لي ولو قال علمت أنها علي حرام
وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات
والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض
والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن
ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها علي حرام ثم الشبهة عند أبي حنيفة
تثبت بالعقد وإن كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت
إذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله إذا عرفنا
هذا قال ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام
حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء
الحل وعلى ذلك الإجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف فيه لا اختلاف
ولو قال ظننت أنها تحل لي لا حد لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم في
حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في إسقاط الحد وأم الولد إذا أعتقها
مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع
وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك
فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام لم يحد لاختلاف
الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه أنها تطليقة رجعية وكذا الجواب
في سائر الكنايات وكذا إذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك قال ولا حد على

من وطئ

من وطئ جارية ولده وولد ولده وإن قال علمت أنها علي حرام لأن الشبهة
حكمية لأنها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك والأبوة قائمة
في حق الجد قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه قال وإذا وطئ
جارية أبيه وأمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه
وإن قال علمت أنها علي حرام حد وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه لأن
بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكانت شبهة اشتباه
إلا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف وكذا إذا قالت
الجارية ظننت أنه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لأن الفعل واحد قال
وإن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد لأنه لا انبساط
في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفت إليه
غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى
بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولأنه اعتمد دليلا وهو الإخبار في موضع
الاشتباه إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار
كالمغرور ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف لأن الملك منعدم حقيقة
قال ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لأنه لا اشتباه بعد
طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا إلى دليل وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها
من المحارم التي في بيتها وكذا إذا كان أعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره إلا
إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل
ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها فلا حد عليه عند أبي حنيفة ولكن يوجع
عقوبة إذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد
إذا كان عالما بذلك لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف إلى
الذكور وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه والحكم الحل وهي من المحرمات ولأبي حنيفة
أن العقد صادف محله لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده والأنثى من بنات
آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي أن ينعقد في جميع الأحكام
إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لأن الشبهة ما يشبه
الثابت لا نفس الثابت إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر
فيعزر قال ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج عزر لأنه منكر ليس فيه شيء
مقدر قال ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه
عند أبي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا

فعلا لواطا وحكما

فيحد وهو احد قولي الشافعي وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عم اقتلوا
الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا
لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما
لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار
وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو
في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر
وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه
محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بينا **قال** ومن وطي
بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان
الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه وفرط الشبق ولهذا لا يجب
ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك
لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنا في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج
الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما
كان مقامه ولنا قوله عم لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو
الانزجار وولاية الامام منقطعة عنهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام
بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية
الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنا في معسكره لانه تحت
يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة وان دخل حربي
دارنا بامان فزنا بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة ولا يحد
الحربي والحربية وهو قول محمد رح في الذمي يعني اذا زنا بحربية فاما اذا زنى الحربي
بذمية لا يحدان عند محمد وهو قول ابي يوسف رح اولا وقال ابو يوسف آخرا
يحدون كلهم لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا
في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل به
قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة
كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب
ولا يقتل المسلم ولا الذمي به فانما يلتزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو
حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد
القذف من حقوقهم واما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد وهو الفرق ان
الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى

فامتناع

فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق
التبع لا يوجب الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل
نظيره اذا زنا البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون
ولابي حنيفة فيه ان فعل المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو
الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا
موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا
الاختلاف اذا زنا المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رح
لا تحد واذا زنا الصبي والمجنون بامراة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال
زفر والشافعي رح يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف وان زنا الصحيح
بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان
العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه وكذا العذر من جانبه
وهذا لان كلا منهما مواخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه
وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى واطئا وزانيا والمراة موطوءة ومزنيا بها
الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية باسم
المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من
قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي
ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد **قال** ومن اكرهه السلطان حتى زنا
فلا حد عليه وكان ابو حنيفة اولا يقول عليه الحد وهو قول زفر لان
الانتشار دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه لان الانتشار قد
يكون طبعا لا طوعا كالنائم فيورث شبهة **قال** وان اكرهه غير
السلطان حد عند ابي حنيفة وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من
غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك ويتحقق من غيره وله ان الاكراه من غيره
لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستغاثة بالسلطان وبجماعة المسلمين
ويمكنه دفعه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط الحد بخلاف السلطان
لانه لا يمكنه الاستغاثة بغيره ولا الخروج عليه بالسلاح ومن اقر اربع مرات
في مجالس مختلفة انه زنا بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا
وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح
تحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب
المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنا بجارية فقتلها فانه يحد وعليه قيمتها

معناه بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف
انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة وصار كما اذا
اشتراها بعد ما زنا بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك
قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان
قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما
في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا
فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنا بها فاذهب
عينيها حيث يجب قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك يثبت في الجثة
العمياء وهي عين فاورث شبهة قال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس
فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يوخذ به وبالاموال لان الحدود حق
الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد بخلاف
حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين
والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه
حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم
تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه
الشهود بسرقة او بشرب خمر او بزنا بعد حين لم يوخذ به ويضمن السرقة
والاصل فيه ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم عندنا خلافا
للشافعي هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا
ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فالتاخير
ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او
لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التاخير لا للستر يصير فاسقا آثما
فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنا
وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد
الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه
من دفع العار عنه ولهذا لا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار والتقادم غير
مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام
الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى فيه ليس
بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما تشترط للمال ولان الحكم

يدار

يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام
على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير
فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء
عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد تقادم الزمان
لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد
التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار
الطحاوي وابو حنيفة لم يقدر في ذلك وفوضه الى راي القاضي في كل عصر وعن
محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف
وهو الاصح هذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل
شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة والتقادم في حد شرب
الخمر كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما ياتي في بابه ان شاء الله تعالى
واذا شهدوا على رجل انه زنا بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا
انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى
وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر
بالموهوم وان شهدوا انه زنا بامراة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امراته
او امته وهو الظاهر وان اقر بذلك يحد لانه لا يخفى عليه امراته او امته وان
شهد اثنان انه زنا بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درئ الحد عنهما
جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب
وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها
شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود
عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين
لها وانما سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط
احصانها فصارا خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه زنا بامراة بالكوفة
واخران انه زنا بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل
الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب
الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة
والصيغة والمراة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمراة معناه ان
يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب
لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء

الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب ولان الموقع في وسط
البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب
ما عنده وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه
زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا
بكذب احد الفريقين غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق وان شهد
اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنها وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء
البكارة ومعنى المسألة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في
اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنها ولا يجب عليهم وان شهد
اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود
في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال
فكيف الحد وهم ليسوا من اهل الشهادة والعبد ليس من اهل التحمل والاداء
فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا وهم فساق
او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل التحمل والاداء وان كان في
ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادتهم ينفذ عندنا
فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت
شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله
ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود
عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف
باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب الحد بشهادتهم ثم
وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود
ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب فان رجم فديته على بيت
المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال
رضي الله عنه معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى
هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب
بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم
الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب
على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب
الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رح ان الواجب هو الجلد
وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في

القضاء. وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا
يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة
على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان
جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا
على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع
في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود
لان عددهم متكامل وامتناع الحد عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا
لايجابه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع
وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع
الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رح يجب القتل دون
المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى
واما الحد فمذهب الثلثة وقال زفر رح لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل
بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة
ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فيجعل للحال
قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضاء في حقه فلا
يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام
القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد
عن المشهود عليه وقال محمد رح يحد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا
تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء
فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع
واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق
على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به
فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون فان كانوا خمسة فرجع واحد منهم لا شيء عليه
لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة فان رجع آخر حدا وغرما
ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع
الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف وان شهد اربعة على رجل
بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود عبيد او مجوس فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رح
معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رح هو على بيت المال وقيل
هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار

على المشهود

كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه وله ان الشهادة انما تصير
حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف
شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بينهما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا
وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون
لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون
حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل
بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية
وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان
ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء
لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار
كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل
العمد وتجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية
على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب
الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم
يأتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر اليه قبلت شهادتهم
لانه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة واذا شهد
اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امراة قد ولدت منه فانه يرجم معناه
ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشروط لان الحكم بثبات النسب منه
حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله
فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامراتان رجم خلافا لزفر
والشافعي فالشافعي مر على اصله ان شهادة النساء غير مقبولة في غير الاموال
وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه
حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد
ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا يقبل لما ذكرنا ولنا
ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا
يكون في معنى العلة فصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر
لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم
او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر
وهذه المسئلة فرع ما تقدم والله اعلم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر

فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران وشهد الشهود عليه بذلك فعليه
الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم
العهد والاصل فيه قوله عم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه
وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها لم يحد عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه
مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان
والرائحة قد تكون من غيره كما قيل يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل
اكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فان
وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلائل القرب وانما
يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما
تشتبه على الجهال واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر
تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع
الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما رويناه
فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه
الامام فانقطع قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا
والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رضه اقام الحد
على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه
ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا
الشرب قد يقع عن اكراه او اضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ
وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب
المكره لا يوجب الحد ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا للمقصود
الانزجار كما في حد الزنا وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا باجماع الصحابة
رضي الله عنهم يفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من
الرواية وعن محمد لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا
اظهرنا التخفيف مرة فلا نعتبره ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون سوطا
لان الرق منصف على ما عرف ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه
خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة
وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة

وسنبينها في الطلاق ان شاء الله تعالى ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان
فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو
الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في
العرف واليه مال اكثر المشايخ وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا
للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء و
ما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة
ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته
واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على
نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى
بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في
سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين امرأته منه لان الكفر من باب الاعتقاد
فلا يتحقق مع السكران

لتفاوت الاشخاص مح

باب حد القذف

واذا قذف الرجل رجلا محصنا
او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا
ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء
فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه
وهو اشتراط اربعة من الشهود اذ هو مختص بالزنا ويشترط فيه مطالبة المقذوف
لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق
الضرب على اعضائه لما مر في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به
فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع
ايصال الالم اليه وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق
والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما
الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي والمجنون
لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس
بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن
نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة
بالغة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن
غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد

بالنسبة الى الزنا مح

ولو قال

ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقته سبا وفي غيره
يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروءة ولو قال لست بابن
فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه
قد ينسب اليه مجازا ولو قال يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة وطالب الابن بحده
حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت
الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الولد والوالد لان العار يلتحق به لمكان
الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة
لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية
المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم
عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت
لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه
الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع
العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة
ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فياخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي
ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى
ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه
لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان
يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة
المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا
لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب
لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال
الشافعي لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء
على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد
فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا
الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر
اخلاء العالم عن الفساد وهذا اية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام فاذا
تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد
باعتبار حاجته وغنى الشرع عنه ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد
من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد

المباشر الابوة والبنوة

والمقصود

فاستيفاء حقوق الشرع الا نيابة عنه وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج
عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق
العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا
ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري
وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي ومن اصحابنا من قال ان
الغالب فيه حق العبد وخرج هذه الاحكام والاول اظهر قال ومن اقر
بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع
بخلاف ما هو خالص حق الشرع لانه لا مكذب له فيه ومن قال لعربي يا نبطي
لم يحد لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء يلقب به
لصفائه وسخائه وان نسبه الى عمه او الى خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان
كل واحد من هؤلاء يسمى ابا الاول لقوله تعالى واله اباءك ابراهيم واسمعيل
واسحاق واسمعيل كان عمه والثاني لقوله عم الخال اب والثالث للتربية
ومن قال لغيره زنات في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امراة من العرب وارق
الى الخيرات زنأ في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة
مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب
والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنات وذكر
الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال
زنات على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال
لاخر يا زاني فقال لا بل انت يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة
عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني ومن
قال لامراته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المراة ولا لعان لانهما قاذفان
وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداية بالحد ابطال
اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال
للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه
قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها
ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وافترائها
منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا
غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود

[Margin:] لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا واذا قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف صح

القذف

القذف منه وعدمه منها في ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب
لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به يحد لانه
لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل
فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه في
اللعان والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح
بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد فان قال ليس بابني ولا بابنك
فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امراة
معها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها
بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد
الذي لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط ولو قذف امراة
لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا ومن وطئ وطئا حراما في
غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف
صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه
لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا
فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك
والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط
ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة
من غير تردد بيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية بينه وبين اخر فلا حد عليه لانعدام
الملك من وجه وكذا اذا قذف امراة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا
منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى
امته وهي مجوسية او امراته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة
مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف
ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في
حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة
لغيره اذ هي موقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاع لا يحد
لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح وان قذف مكاتبا مات وترك وفاء
لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ولو قذف
مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة وقالا لا يحد وهذا بناء على ان
تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح

وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلما حُدّ لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء
حقوق العباد ولأنه طمع أن لا يؤذى فيكون ملتزما أن لا يؤذي وموجب
أذاه وإذا حُدّ المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب وقال الشافعي رح
تقبل إذا تاب وهي تعرف في كتاب الشهادات وإذا حُدّ الكافر في قذف
لم تقبل شهادته على أهل الذمة لأن له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فإن
أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لأن هذه الشهادة استفادها
بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد إذا حُدّ حدّ القذف ثم
أعتق حيث لا تقبل شهادته لأنه لا شهادة له أصلا في حال الرق فكان
رد شهادته بعد العتق من تمام حده وإن ضرب سوطا في قذف ثم
أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون
صفة له والمقام بعد الإسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له
وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر والأول أصح قال
ومن شرب أو زنا أو قذف غير مرة فحُدّ فهو لذلك كله أما الأولان
فلأن المقصد من إقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله
بالأول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما إذا
زنا وقذف وسرق وشرب لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر
فلا تتداخل وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون
ملحقا بهما وقال الشافعي رح إن اختلف المقذوف أو المقذوف به
وهو الزنا لا تتداخل لأن المغلب فيه عنده حق العبد

فصل في التعزير

ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر لأنه جناية
قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان فوجب التعزير وكذا إذا
قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا
سارق عزر لأنه آذاه وألحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود
فوجب التعزير إلا أنه يبلغ في التعزير غايته في الجناية الأولى لأنه من جنس
ما يجب به الحد وفي الثانية الرأي إلى الإمام ولو قال يا حمار أو يا خنزير
لم يعزر لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لأنه يعد شتما
وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لأنه يلحقهم
الوحشة بذلك وإن كان من العامة لا يعزر وهذا أحسن والتعزير أكثره
تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلاث جلدات وقال أبو يوسف يبلغ في التعزير

خمسة وسبعين سوطا والأصل فيه قوله عم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين
فإذا تعذر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد رح نظرا إلى أدنى الحد وهو حد العبد في القذف
فصرفاه إليه وذلك أربعون سوطا فنقصا منه سوطا وأبو يوسف اعتبر أدنى
الحد في الأحرار إذ الأصل هو الحرية ثم نقص منه سوطا في رواية عنه وهو
قول زفر رح وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن علي
رضي الله عنه فقلده ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلث جلدات لأن ما دونها
لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رضي الله عنهم أن أدناه على ما يراه الإمام بقدره
يقدر ما يعلم بأنه ينزجر لأنه يختلف باختلاف الناس وعن أبي يوسف رح أنه على
قدر عظم الجرم وصغره وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة
من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال وإن رأى الإمام أن
يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل لأنه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في
الجملة حتى جاز أن يكتفى به فجاز أن يضم إليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل
ثبوته كما شرع في الحد لأنه من التعزير قال وأشد الضرب التعزير لأنه جرى
التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوات
المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء قال ثم حد الزنا لأنه
ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه
الرجم ثم حد الشرب لأن سببه متيقن به ثم حد القذف لأنه سببه محتمل لاحتمال
كونه صادقا ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث
الوصف قال ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر لأنه فعل ما فعل
بأمر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف
الزوج إذا عزر زوجته لأنه مطلق فيه والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة
كالمرور في الطريق وقال الشافعي رح تجب الدية في بيت المال لأن الإتلاف
خطأ فيه إذ التعزير للتأديب غير أنه تجب الدية في بيت المال لأن نفع عمله يعود إلى
عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بأمره فصار كأن
الله تعالى أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

كتاب السرقة

السرقة في
اللغة أخذ الشيء من الغير على الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع
قال الله تعالى إلا من استرق السمع وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على
ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو
ابتداء لا غير كما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك

الظالمين

والمعنى اللغوي وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة وهي أن يقال السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء فقط مثال الأول يستفاد من مثال الثاني وهو ما نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة

مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو
المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك
او من يقوم مقامه قال اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ
قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل
فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية ولا بد من اعتبار
العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق بدونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير
بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق
ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي
التقدير بربع دينار وعند مالك بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد النبي عم
ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل
وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد
النبي عم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب
اولى احتيالا للدرء وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة
وقد تأيد ذلك بقوله عم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم
ينطلق على المضروبة عرفا وهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب
وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا
قيمتها انقص من عشرة دراهم مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن
سبعة مثاقيل لانه هو المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة
دراهم اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من
حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال والعبد
والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل
صيانة لاموال الناس ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف رح لا يقطع الا باقراره مرتين ويروى عنه انهما في
مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة وكذلك اعتبرنا
في الزنا ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص
وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة
الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة فيه وباب الرجوع في حق
الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال
يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع

قال

قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما
الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما
في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة
في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل
لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر
كمال النصاب في حقه والله اعلم

باب ما يقطع فيه السارق وما لا يقطع

ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش
والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة والاصل
فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول
الله عم في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته
غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد اخذه
على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة
ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب
وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة
العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها
ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا
ولاطلاق قوله عم لا قطع في الطير وعن ابي يوسف رح انه يجب القطع في
كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليهما
ما ذكرناه قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة
لقوله عم لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عم لا قطع
في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه
وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي
يقطع فيها لقوله عم لا قطع في ثمر ولا كثر واذا آواه الجرين او الجران قطع
قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر
وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم
الاحراز ولا قطع في الاشربة المطربة لان السارق يتأول في تناولها
الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فتتحقق
شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة
المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه

وعن أبي يوسف رح مثله وعن أبي يوسف أيضا أنه يقطع إذا بلغت الحلية قيمته نصابا
لأنها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها وجه الظاهر أن الآخذ يتأول في
أخذه القراءة والنظر فيه ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله
لا للجلد والأوراق والحلية وإنما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها
خمر وقيمة الآنية تربى على النصاب. ولا يقطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز
فصار كباب الدار بل أولى لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب
المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب
ولا الشطرنج ولا النرد لأنه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف
الدراهم الذي عليه التمثال لأنه ما أعد للعبادة فلا يثبت شبهة إباحة الكسر
وعن أبي يوسف رح أنه كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وإن كان
في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان
عليه حلي لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولأنه يتأول في أخذ الصبي
إسكاته أو حمله إلى مرضعته وقال أبو يوسف رح يقطع إن كان عليه حلي هو نصاب
لأنه يجب القطع بسرقته وحده وكذا مع غيره وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه
نبيذ أو ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع
في سرقة العبد الكبير لأنه غصب أو خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير
لتحققها بحدها إلا إذا كان يعبر عن نفسه لأنه والكبير سواء في اعتبار يده وقال
أبو يوسف رح لا يقطع وإن كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لأنه آدمي من
وجه مال من وجه ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بعرض أن يصير منتفعا به
إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها لأن المقصود ما فيها
وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان
المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لأن من جنسهما يوجد
مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية
الكلب فأورث شبهة ولا قطع في سرقة دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لأن
عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة رح آخذها يتأول الكسر فيها ويقطع في
الساج والقنا والآبنوس والصندل لأنها أموال محرزة لكونها عزيزة
عند الناس ولا يوجد بصورتها مباحة في دار الإسلام ويقطع في الفصوص
الخضر والياقوت والزبرجد لأن هذه الأشياء من أعز الأموال وأنفسها
ولا يوجد مباح الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها فصار

الآدمي ه

دون ذكر المعنى لا يخرج عن ماليته

كالذهب

كالذهب والفضة وإذا اتخذ من الخشب أواني أو أبواب قطع فيها لأنه بالصنعة
التحق بالأموال النفيسة ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير لأن الصنعة في
الحصير لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصير البغدادية قالوا يجب القطع
في سرقتها لغلبة الصنعة على الأصل وإنما يجب القطع في غير المركب وإنما
يجب إذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لأن الثقيل منه لا يرغب في سرقته
ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز قال ولا منتهب ولا مختلس لأنه يجاهر
بفعله كيف وقد قال النبي عم لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن قال ولا قطع
على النباش وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي عليه القطع لقوله
عم من نبش قطعناه ولأنه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عم
لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة ولأن الشبهة تمكنت في الملك
لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في
المقصود وهو الانزجار لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير
مرفوع أو هو محمول على السياسة وإن كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف
في الصحيح لما قلنا وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا ولا
يقطع السارق من بيت المال لأنه مال العامة وهو منهم قال ولا من مال للسارق
فيه شركة لما بينا ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لا يقطع لأنه استيفاء لحقه
والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لأن التأجيل لتأخير المطالبة وكذا إذا سرق
زيادة على حقه لأنه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وإن سرق منه عروضا قطع
لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعا بالتراضي وعن أبي يوسف رح أنه لا يقطع
لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه قلنا هذا قول
لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك
درئ عنه الحد لأنه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير
قيل يقطع لأنه ليس له حق الأخذ وقيل لا يقطع لأن النقود جنس واحد ومن
سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس
أن يقطع وهي رواية عن أبي يوسف رح وهو قول الشافعي لقوله عم فإن عاد فاقطعوه
من غير فصل ولأن الثانية متكاملة كالأولى بل أقبح لتقدم الزاجر وصار كما
إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا أن القطع أوجب
سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تع وبالرد إلى المالك إن عادت
حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب

وهو القطع بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف لاختلاف سببه ولان تكرار
الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية
وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول قال فان تغيرت
عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع
لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في
كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة عن اتحاد المحل والقطع فيه فيجب
القطع ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه

ومن سرق من ابويه او ولده
او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي
الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع
الزينة الظاهرة بخلاف الصديق لانه عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف
الشافعي لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في كتاب العتاق
ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو
سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه وان سرق من امه
من الرضاع قطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان
وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة ووجه الظاهر
انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة
واوفق من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قل ما يشتهر فلا
بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من
الآخر او العبد من سيده او من امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن
بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان
فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي للبسوطة بينهما في الاموال عادة وهو نظير
الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه
حقا وكذا السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رضي الله عنه
درءا وتعليلا قال والحرز على ضربين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز
بالحافظ قال رضي الله عنه الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه
ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة وحفظها كالدور
والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق
او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع النبي عليه السلام من سرق رداء صفوان
من تحت راسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ

هو الصحيح

هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح
حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا
بالاخراج منه لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذه
لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ
مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه
حافظا في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع
بخلاف ما اختاره في الفتاوى قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه
عنده يحفظه قطع لانه اخذ مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام
ولا من بيت اذن للناس في الدخول فيه لوجود الاذن عادة او حقيقة في
الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق
منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن
سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني
لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن
للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر
الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم
يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون
فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان
الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد
صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ وان كانت دار فيها مقاصير
فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار
ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة
فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال
وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج
لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز
فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخرج الداخل يده وناولها
الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها فالقطع عليهما ولهما من يد الداخل
فعليهما بناء على مسئلة تاتي بعد هذه ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق
وخرج فاخذه قطع وقال زفر رحمه الله لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما
لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة

يعتاد بها السارق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار
او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا اخرج
ولم ياخذه فهو مضيع لا سارق قال وكذلك اذا حمله على حمار فساقه واخرجه
لان سيرها مضاف اليه بسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى الاخذ بعضهم
قطعوا جميعا قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل
وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج
من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم
ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد
باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن
ابي يوسف رح في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود
فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي واخرج
الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم
والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق
لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول بخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع
لان ذلك هو المعتاد وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده
في الكم لا يقطع لان في الفصل الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ
من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط داخل فبالطر يتحقق
الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في
الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رح انه يقطع على كل
حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما
قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق ومن سرق من القطار بعيرا
او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فيتمكن شبهة العدم وهذا لان
السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون
الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل
فاخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه
صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان سرق جوالقا وفيها
متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق في موضع
هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه
وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا

عادة وكذا النوم بقربه منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ و
صاحبه نائم عليه وحيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول
المختار

فصل في كيفية القطع

واثباته ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم
فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه ومن الزند
لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن
كيف وقد صح ان النبي عم امر بقطع السارق من الزند والحسم لقوله عم
فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف
فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد
في الحبس الى ان يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ رح
وقال الشافعي رح في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله
اليمنى لقوله عم من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا
كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون
ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي رضي الله عنه اني لاستحيي من الله ان لا
ادع له [illegible] فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس
المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص
لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رح
او نحمله على السياسة وان كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع
الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا
اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى
مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش
بالابهام فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع
لان فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين
لانهما ينزلان منزلة الابهام في نقصان البطش واذا قال الحاكم للحداد اقطع
يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطأ فلا شيء عليه عند ابي حنيفة
وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر رح يضمن في الخطأ ايضا
وهو القياس والمراد هو الخطأ في الاجتهاد واما الخطأ في معرفة اليمين واليسار
فلا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له رضي الله عنه انه قطع يدا معصومة
والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه خطأ في اجتهاده
اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد عفو ولهما انه قطع

فان عاد فاقطعوه
فان عاد فاقطعوه

ظهر فأما معصوما بغير حق ولأنا ولي له لأنه متمحض ظلما فلا يخفى وإن كان في المجتهدات
وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أتلف
وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل
قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضا هو الصحيح ولو أخرج
السارق يساره وقال هذه يميني لم يضمن بالاتفاق لأنه قطعه بأمره ثم
في العمد عنده عليه ضمان المال لأنه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة
وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه
فيطالب بالسرقة لأن الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا
لأن الجناية على ملك الغير لا تظهر إلا بخصومته وكذا إذا غاب عند القطع عندنا
لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع وللغاصب وصاحب
الربا أن يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة أن يقطعه أيضا وكذا المغصوب
منه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف
المستأجر والمستعير والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن
وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء
إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين لأنه لا حق له
في المطالبة بالعين بدونه والشافعي بناه على أصله أن لا خصومة لهؤلاء في
الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ
فلا يظهر في حق القطع لأن فيه تفويت الصيانة ولنا أن السرقة موجبة
للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب
خصومة معتبرة مطلقا إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفى القطع
والمقصود من الخصومة إحياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا
معتبر بشبهة موهوم الاعتراض كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن فإنه يقطع
بخصومته في ظاهر الرواية وإن كانت شبهة الإذن في دخول الحرز ثابتة وإن
قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني
لأن المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد
موجبة في نفسها وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته إذ الرد
واجب عليه ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعد ما درئ القطع بشبهة يقطع
بخصومة الأول لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب
ومن سرق سرقة فردها إلى المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع وعن أبي يوسف

يقطع اعتبارا بما إذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة لأن
البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد
المرافعة لانتهاء الخصومة بحصول مقصودها فيبقى تقديرا وإذا قضي على رجل
بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه إذا سلمت وكذلك إذا باعها المالك
إياه وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة
قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقة
فلا شبهة ولنا أن الإمضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه
بالاستيفاء إذ القضاء للإظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده وإذا كان
كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء قال
وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن
محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين ولنا أن
كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان
في العين لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما إذا استهلكه كله أما نقصان
السعر غير مضمون فافترقا وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع
عنه وإن لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي رحمه الله
لا يسقط بمجرد الدعوى لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد ولنا
أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة
الرجوع بعد الإقرار وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا
لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في الآخر لأن السرقة تثبت
بإقرارهما على الشركة فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان
على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر وهو قولهما وكان أولا يقول
لا يقطع لأنه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع
ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والعدم لا يورث الشبهة
ولا معتبر بتوهم حادث الشبهة على ما مر وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة
دراهم بعينها فإنه يقطع ويرد السرقة إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع والعشرة
للمولى وهو قول زفر رحمه الله معناه إذا كذبه المولى ولو أقر بسرقة مال مستهلك
قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر رحمه الله لا يقطع في
الوجوه كلها لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص

لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول
الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته
والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه ادمي ثم
يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل
عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير كما في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل
ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في
سرقته يؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع
ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل
في التبع بخلاف المأذون له لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع
تبعا ولابي يوسف رحمه الله انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرنا
وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر
الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان
كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالقطع
قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة
البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه
بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال
المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا
قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان
كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية
ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال
الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع
وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار
كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة لذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم على
السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء
الضمان مستندا الى وقت الاخذ فيتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى
انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا
في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان
العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل اخر غير السرقة ولا ضرورة
في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك

لانه بالسرقة لم تزل عن ملكه فقد وجد عين ماله ومن وجد عين ماله فهو احق به

الشبهة الناشئة من بقاء عصمة هذا المال للعبد

اتمام

اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من
ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال ومن سرق سرقات فقطع
في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها
ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن
شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد
من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقطع لها فبقيت اموالهم معصومة
وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة
شرط للظهور عند القاضي اما الوجوب فبالجناية فاذا استوفى فالواجب كل الواجب الا ترى انه
يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد
فخاصمه في البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه
في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع
لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون فصار
كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار البائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان
لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد
ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف
ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان
واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق
لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا
كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب
الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم
يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه
القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق
منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما واصله في الغصب
وهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لا يملكه
وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا اخر فلم
يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يؤخذ منه ويعطي ما زاد الصبغ فيه اعتبارا
بالغصب والجامع كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم
صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب

فقطع فيه

قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب
السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة ومعنى فاستويا فنه
هذا الوجه فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب
في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف رحمه الله هذا والاول سواء
لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة ولكنه
لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق
المالك

باب قطع الطريق

واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر
على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا و
يقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم
او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم
فصاعدا او ما تبلغ قيمته عشرة دراهم قطع الامام ايديهم وارجلهم
من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا والاصل فيه
قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله
اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة والرابعة نذكرها
ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم
بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض
بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة
على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها
لما تلوناه وشرط ان يكون الماخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة
ولهذا لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق
كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل
اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه
ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لم يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع
والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم
من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء صلبهم وان شاء قتلهم وقال محمد رحمه الله
يقتل ويصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون
النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه
عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي
بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا

وان كان في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب
التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يتركه لانه
منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير
بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى
ان يموت ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة
وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود
به قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس به
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا
حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع فلا
ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه وان باشر
القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون
البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط
القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل ان كان بعصا او بحجر او بسيف
فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم
ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه
الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو
ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت
الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما
تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء
قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء
المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر
حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان
اذا هلك في يده او استهلكه وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم
من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة
وزفر وعن ابي يوسف رحمه الله انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة
الصغرى له ان المباشرة اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا
اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت
بالكل واذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت
الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال

مشتبه كما بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه
فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا
كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهي تخصه اما ههنا
الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى
الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا عنه
واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت
القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة
والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس ان يكون قاطعا للطريق
وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان خارج المصر
وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به
او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي
ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه
لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق
ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا
ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة القتل
بالمثقل وسنبين في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه
صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عم في مغازيه قال
الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما
الفرضية فلقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله عم الجهاد ماض الى يوم القيامة
اراد به فرضا باقيا وهو على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما
فرض لاعزاز دين الله تعالى ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط
عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه
لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع
والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فيصير من فروض الاعيان
لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان
المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على
الكفاية واخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة
الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات

ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبي مظنة المرحمة ولا عبد ولا امراة لتقدم حق المولى
والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على
جميع الناس الدفع تخرج المراة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن مولاه لانه
صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في
الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى
ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فئ لانه يشبه الاجر ولا
ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال فاذا لم يكن
فلا باس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى
يؤيده ان النبي عم اخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب
عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام
لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عم ما قاتل قوما حتى دعاهم الى
الاسلام قال فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عم
امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث فان امتنعوا دعوهم
الى اداء الجزية به امر النبي عم امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على
ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمرتدين
وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم
الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين
وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم
كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء
المذكور فيه في القران والله اعلم ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى
الاسلام الا ان يدعوه لقوله عم في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة
ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب
الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل
الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار
كقتل النسوان والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار
ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عم اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى
اسامة رضي الله عنه ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون
بدعوة قال فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عم في حديث

سليمان بن بريدة قال ابو ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولان الله تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب النبي عم على الطائف وحرقهم لانه عم احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا قال ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بيناه ويقصدوا بالرمي الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فبني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح لقوله عم لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو وان دخل اليهم مسلم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة واما الشواب فقرارهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عم لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا

المدمر هو المهلك

بويرة اسم موضع

مطلب المبيح لقتل الكفر مع الحراب عندنا

في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بيناه وقد صح ان النبي عم نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى عليه السلام امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأي في الحرب او تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من يقاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتلوا مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عنه حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس بقتله لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى والله اعلم

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع النبي عم اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم لانه عم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عم في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر قال وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم

حتى لو كان باذن ملكهم صار وا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى وان رأى الامام
موادعة اهل الحرب وان يأخذوا على ذلك مالا فلا بأس به لانه لما جازت
الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن
لا يجوز لما بينا من قبل والماخوذ من المال يصرف الى مصارف الجزية اذا لم
ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم
ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر
معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر وا في امرهم لان الاسلام مرجو منهم
فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم
لما بينا ولو اخذه لا يرده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا
الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية
والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب
باي طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام
نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم لان فيه تقويتهم على قتال المسلمين
فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة
لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في
الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم
حرب عليه

فصل واذا آمن رجل حر او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل
حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام
المسلمون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد على السواء
ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته
محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل
وكولاية الانكاح قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم الامام كما اذا امن
الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن
واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام لما بيناه ويؤدبه الامام لافتياته على
رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا
ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال ولا اسير
ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص
بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر
عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه ولا ينفتح باب الفتح ومن اسلم في

دار الحرب

في دار الحرب ولم يهاجر الينا لم يصح امانه لما بينا ولا يجوز امان العبد المحجور عليه
عند ابي حنيفة رح الا ان يأذن له مولاه في القتال وقال محمد رح يصح وهو قول
الشافعي وابو يوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية لمحمد قوله عليه السلام امان
العبد امان رواه ابو موسى الاشعري ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا
بالماذون له في القتال وبالمؤبد من الامان فالايمان لكونه شرطا للعبادة
والجهاد عبادة والامتناع ليتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين
واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك
المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة
انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف
الماذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما انه تصرف
في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه
ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف الماذون
له لانه رضي به والخطأ نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام
فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسألتهم ذلك
واسقاط الفرض نفع فافترقا ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان
كان يعقل وهو محجور عن القتال فهو على الخلاف وان كان ماذونا له في القتال
فالاصح انه يصح بالاتفاق

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام
بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين كما فعل النبي عليه السلام بخيبر
وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضي الله عنه
بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه وفي كل ذلك قدوة فيتخير
وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة
في الزمان الثاني وهذا في العقار واما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم لانه
لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم
فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام
ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة
العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به
الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وان من عليهم
بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج من حد
الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه

منهم

الكراع الخيل والسلاح والحديد

المسايفة القتال بالسيف

مهيئة حاضرة

حسماً لمادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة
لاهل الاسلام وان شاء تركهم احراراً ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب
والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه
تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم
توفيراً للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد
السبب بعد ولا يفادى باسارى المسلمين عند ابي حنيفة رح وقالا يفادى بهم اسارى
المسلمين وهو قول الشافعي رح لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع
به وله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حرباً علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ
الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة
بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال نأخذه منهم فلا يجوز في المشهور
من المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة
استدلالاً باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم
اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه
قال ولا يجوز المن عليهم اي على الاسارى خلافاً للشافعي رح فانه يقول
منّ النبي عم على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث
وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه
بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلوناه واذا اراد الامام العود ومعه
مواشي فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا
يتركها لانه عم نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح
ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم تحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار
وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر
لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضاً وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه
الكافر ابطالاً للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار
الاسلام وقال الشافعي رح لا بأس بذلك واصله ان الملك للغانمين
لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتني على هذا الاصل
عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى هو يقول ان سبب الملك
الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى
اثبات اليد وقد تحقق ولنا ان النبي عم نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب
والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فيدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات

اليد

اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهراً
ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد
لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهو كراهة تنزيه عند محمد رح فانه قال
على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رح الافضل
ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد
عن سلب الجواز فلا تتقاعد عن ايراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر
سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما
عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب
قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافاً للشافعي رح بعد
انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة
عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل
منها يتم الملك في الغنيمة فينقطع شركة المدد قال ولا حق لاهل سوق العسكر
في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رح في احد قوليه يسهم لهم لقوله عم الغنيمة
لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد المجاوزة
على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد
الاستحقاق على حسب حاله فارساً او راجلاً عند القتال وما رواه موقوف على عمر
رضي الله عنه او تأويله ان يشهدها على قصد القتال وان لم يكن للامام حمولة يحمل
عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم
يرتجعها منهم فيقسمها قال رضي الله عنه هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم
وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل
الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة
لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير
لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة
ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحمل ضرر خاص ولا يجوز بيع
الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي وقد
بينا الاصل ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات
منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك
ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رح من مات منهم بعد استقرار
الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه قال ولا بأس بان يعلف

العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رضي الله عنه ارسله ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترط في رواية اخرى ووجه الاولى انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب ووجه الاخرى قوله عم في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرد في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملون الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلون بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه ولانه اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال ومن اسلم منهم منعناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عم من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الآخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء

خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت ولان الاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت والمتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين لانه عم قسمها ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة وقالا للفارس ثلاثة اسهم وهو قول الشافعي لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عم اسهم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناه على ثلاثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة ما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عم اعطى للفارس سهمين وللراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عم للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عم قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره

المتلصص هو الغازي الذي يدخل دار الحرب ...

الا ما روي عن عبد الله ... ابن عمر ان النبي عم ... للفارس ...

والغناء ... النفع

ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم
ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر
وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على
ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لما روي ان
النبي عم اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء
ابن اوس قاد فرسين فلم يسهم النبي عم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين
دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا
لا يسهم لثلثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين
وهو راجل والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب
قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله واسم الخيل ينطلق على البراذين
والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والكر
اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا
ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم فارس ومن دخل راجلا
فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه وهكذا روى ابن
المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان فالحاصل ان المعتبر
عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال
فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق
الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود
الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها
والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر
وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو
السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة
فارسا او راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان
بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او اجر او رهن ففي رواية الحسن
عن ابي ح يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الراجل
لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا
ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باعه في حالة القتال عند البعض
والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم
لمملوك ولا امرأة ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي انه عم

بلغ

كان لا سهم

كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان باليهود على
اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس
من اهله والمرأة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى
وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب
بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد
انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها
اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام
هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال
والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين
الا انه يزاد له على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به
السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمل الجهاد ولا يسوى بينه وبين المسلم
في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن
السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي
لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين
ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تع ولذي القربى من غير فصل
بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلثة على نحو
ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عم يا معشر بني هاشم ان الله كره لكم غسالة
الناس واوساخهم وعوضكم عنها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من
يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عم اعطاهم للنصرة الا ترى انه
علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه
وهذا يبين ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة قال فاما ذكر الله تعالى
في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عم سقط بموته كما سقط
الصفي لانه عم كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان
النبي عم يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او خادمة وقال الشافعي
يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا
يستحقونه في زمن النبي عم بالنصرة لما رويناه وبعده بالفقر قال رضي الله عنه
وهذا الذي ذكره الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقراء منهم ساقط ايضا لما
روينا من الاجماع لان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم
العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء

من بني هاشم

منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء منهم اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف
الثلثة وان دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام
فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو الماخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة
والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام فيه روايتان
والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار
كالمنعة وان دخل جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام
لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ
لو خذلهم كان فيه وهن للمسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه
نصرتهم

فصل في التنفيل

ولا باس بان ينفل الامام في حال القتال
ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية
قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعدما رفع الخمس لان التحريض مندوب
اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المومنين على القتال وهذا نوع تحريض
ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل
بكل الماخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان
التصرف اليه وقد يكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام
لان حق الغير قد تاكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين
في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في
ذلك سواء وقال الشافعي رح السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد
قتله مقبلا لقوله عم من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه
بعثه له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه
وبين غيره ولنا انه ماخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم
كما نطق به النص وقال عم لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك
الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل
فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة الغناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه
والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج
والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك
فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل
قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من
قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبراها

لا يحل له

لا يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له
ان يطاها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في
دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف وقد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم
ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما بيناه ان شاء الله
تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم واذا
غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رح لا يملكونها لان
الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من
قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك
دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة تثبت على
منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا
كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار
على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره ان يصلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب
الآجل فما ظنك بالملك العاجل فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل
القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا
لقوله عم فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو
لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ
نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص
فياخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل فيه
الضرر فياخذه بغير القيمة وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك و
واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه
به وان شاء تركه لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه قد دفع العوض بمقابلته
فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض ياخذه بقيمة العرض ولو
وهبوه لمسلم ياخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو
كان مغنوما وهو مثلي ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل
غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا لا ياخذه لما بينا وكذلك اذا كان مشترى
بمثله قدرا ووصفا قال فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار
الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذه به من
العدو واما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا ياخذ الارش لان الملك صحيح فيه فلو اخذه

أخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيئا من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من
الثمن بخلاف الشفعة لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار المشتري في يد
المشتري بمنزلة المشترى شراء فاسدا والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب
أما ههنا فالملك صحيح فافترقا وإن أسروا عبدا فاشتراه رجل بألف
درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف
درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني لأن الأسر ما ورد على ملكه
وللمشتري الأول أن يأخذه بالثمن لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك
القديم بألفين إن شاء لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا لو كان المأسور
منه الثاني غائبا ليس للأول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا
أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك
عليهم جميع ذلك لأن السبب إنما يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح والحر
معصوم بنفسه وكذا من سواه لأنه يثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن
الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء
وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا يملكونه
لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام
ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتباره لتحقق
يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه
وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية
لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه
المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد
القسمة يؤدى عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين
وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه
وإن ند بعير إليهم فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج
من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرناه وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام
فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء لما بينا فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس
ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى ذلك كله وأخرجه فإن المولى
يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند أبي حنيفة وقالا يأخذ العبد
وما معه بالثمن إن شاء اعتبارا بحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم
في كل فرد وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فاشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب

عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو
البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولأبي حنيفة أن تخليص
المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة
وهو الإعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم
أحد الزوجين في دار الحرب وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهرنا على
الدار فهو حر وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار لما روي أن
عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى النبي عم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء
الله ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغما لمولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين
إذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتا على
نفسه والحاجة في حقه إلى زيادة توكيد وفي حقهم إلى إثبات اليد ابتداء فلهذا كان
أولى

باب المستأمن

وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا لم يحل له أن يتعرض
لشيء من أموالهم ولا دمائهم لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض
بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام إلا إذا غدر بهم ملكهم وأخذ أموالهم أو حبسهم
أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الأسير لأنه
غير مستأمن فيباح له التعرض وإن أطلقوه طوعا فإن غدر بهم أعني التاجر فأخذ
شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح إلا أنه حصل
بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لأن الحظر لغيره
لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي
أو أدان حربيا أو غصب أحدهما من صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربي لم يقض
لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية
وقت الإدانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام
فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل وأما الغصب فلأنه صار ملكا
للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بينا وكذلك لو كانا
حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين
بينهما ولم يقض بالغصب أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي
والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما
بيناه أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد وإذا دخل المسلم دار الحرب
بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه لما قدمنا القضاء
فلما بيناه أنه ملكه والأمر بالرد مراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من

الحرم وهو نقض العهد واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ
فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ، اما الكفارة فلاطلاق الكتاب واما الدية
لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب
القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة بدون الامام وجماعة المسلمين
ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل
العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على
اعتبار تركها فان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجرا اسيرا
فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة وقالا في الاسيرين الدية في
الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان
على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة رح
ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم
ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا
وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا

فصل واذا دخل

الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم بدارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت
تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل فيه ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة
في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة
بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد
باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة
لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه
وان مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار
ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر
والشهرين واذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع
الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده
حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين فان دخل حربي دارنا بامان واشترى ارض
خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا
التزمه صار ذميا وصار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء فلا يصير ذميا
لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة
مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله
في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام

جمة

جمة فلا يقبل منه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها
التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا
لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولو ان حربيا دخل
دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا
في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من
ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة
فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه
واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه
اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض
والوديعة لورثته وكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله
وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده قال وما
اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح
المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية
ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رح فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عم
اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رض ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة
المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة
المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد
وهو ما ذكرنا فلا معنى لايجاب الخمس واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امراة في
دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه
مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء اما المراة والاولاد الكبار فظاهر
لانهم حربيون وهم كبار وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا
من قبل واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان
في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة
باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم
جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمين تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت
ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له في
يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المراة واولاده الكبار فلما قلنا واما المال
الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم
الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه

الا الكفارة

الا الكفارة في الخطا، وقال الشافعي تجب الدية في الخطا، والقصاص في العمد لانه
اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا
لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة
كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الاصل ولنا
قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل
التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره
ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكاليف والقيام
بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال
لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من
شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة
المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان
الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستامن
في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها ومن قتل مسلما خطا
لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام
وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطا فيعتبر بسائر النفوس المعصومة
ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا ان شاء
الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم
وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله ان شاء اخذ
الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية
انفع في هذه المسألة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له
ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من
غير عوض

باب العشر والخراج

قال ارض العرب كلها ارض عشر
وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض
خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى
عبادان لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم ياخذوا الخراج من
اراضي العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم
وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها عليها على الكفر كما في سواد
العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه
حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر حين فتحها

عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام قال وارض السواد
مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة
وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الارض
مملوكة لاهلها وقد بيناه من قبل قال وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة
وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على
المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس
الخارج وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا
صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق بهم ومكة مخصوصة
من هذا فان النبي فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع
الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم
يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر
يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج قال
ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كان من حيز ارض الخراج
ومعناه بقربه فهي خراجية وان كان من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة
عنده عشرية باجماع الصحابة لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم
الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان
القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة
رضي الله عنهم وضعوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد ان احياها
ببئر حفرها او عين استخرجها او بماء دجلة والفرات والانهار العظام التي
لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي
احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء
اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر في
ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه
على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو صاع ودرهم ومن جريب
الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم
وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى مسح سواد
العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستة وثلثين الف الف جريب
ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان
اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة والكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة

والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها
وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال وما سوى ذلك من الاصناف
كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر
رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية
الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين
الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها
حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا وظفوا بالدراهم في الاراضي
كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان
قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصها الامام فالنقصان عند قلة الريع جائز
بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق
فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت فهذا يدل على جواز النقصان واما
الزيادة عند زيادة الريع تجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف لا تجوز
لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج
الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من
الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة
فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال
الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج وان عطلها صاحبها فعليه
الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين
من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا
يفتى به كيلا تتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس ومن اسلم من اهل الخراج
اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن
ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه
الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا اراضي الخراج وكانوا
يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج واداؤه للمسلم من غير
كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان
وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عم لا يجتمع عشر وخراج
في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم
حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها عليها
طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض

الريع نفسه كل شيء على اصله

بتجرأ من الجراءة

الثابتة

الثابتة الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض
وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر
رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل
خارج

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر
بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح النبي عم بني نجران على الف ومائتي
حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ
الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني
الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما يأخذ منه في كل شهر اربعة دراهم
وعلى المتوسط الحال اربعة وعشرين درهما يأخذ منه في كل شهر درهمين وعلى
الفقير المعتمل اثني عشر درهما يأخذ منه في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي
يضع على كل بالغ دينارا او يعدل الدينار والغني والفقير في ذلك سواء لقوله عم
لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من
غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله
بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير ومذهبنا
منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار
ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه
وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته
فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا وتوضع الجزية على اهل
الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية
ووضع النبي عم الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم خلافا للشافعي
هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله واليوم الآخر
الآية الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر
فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم
اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين
ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز
استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهم
قد تغلظ اما مشركو العرب فلان النبي عم نشأ بين اظهرهم والقرآن
نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واكثر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدي
للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف

ولهذا امره بان يأخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية

قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون

زيادة في العقوبة وعند الشافعي يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلناه
واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضي الله عنه استرق
نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم
قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال
وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية قال ولا على زمن ولا اعمى وكذا المفلوج
والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف انه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة
اذا كان له رأي ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي له اطلاق حديث معاذ
رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا
هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا توضع على المملوك ولا المكاتب والمدبر وام
الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب
بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان
الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن ابي حنيفة انه توضع عليهم
اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف ووجه الوضع عليهم ان القدرة
على العمل ثابتة وهو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع
عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل
ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفي بصحته في اكثر السنة قال ومن اسلم وعليه
جزية سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعي فيهما له انها وجبت بدلا
عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض
كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت
عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام
ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا يكون لدفع الشر وقد اندفع
بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه
بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى
لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع
الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم
يؤخذ عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يؤخذ وهو قول الشافعي وان مات
عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا اذا مات في بعض السنة اما مسئلة
الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه

بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها
تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر
استيفاؤه ولابي حنيفة انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا
لا يقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي به بنفسه
فيعطي قائما والقابض منه قاعدا وفي رواية اخرى يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول
اعط الجزية يا ذمي يا عدو الله فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت
كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا
لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب
ماض وكذا النصرة في المستقبل اذ الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد في الجزية
في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على الماضي مجازا وقال الوجوب
بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته
والوجوب عند ابي حنيفة باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان
الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان
ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول
فاوجبناه في اوله **فصل** ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام
لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيع
والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد
عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة
للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت فانه تبع للسكنى و
هذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض
باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها
بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل
الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع
دينان في جزيرة العرب قال ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم
ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع
الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي
كهيئة الاكف وانما يؤاخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة
المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق
فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجوز

ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم
فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات
والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة
قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة
فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي
تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع
من اداء الجزية او قتل مسلما او سب النبي عم او زنا بمسلمة لم ينتقض عهده
لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق
وقال الشافعي سب النبي عم يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه
اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عم كفر منه والكفر المقارن له
لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه قال ولا ينتقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب
او يغلبوا على موضع فيحاربونا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن
الفائدة وهو دفع شر الحرب واذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه
في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه
لو اسر يسترق بخلاف المرتد

فصل

ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم
ضعف ما يؤخذ من اموال المسلمين من الزكوة لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح
جرى على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا
المضاعفة وقال زفر لا يؤخذ من نسوانهم ايضا وهو قول الشافعي لانه جزية
في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف
مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا ان هذا مال وجب بالصلح والمرأة
من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك
لا يختص بالجزية الا ترى انه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبي الخراج
اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر يضاعف لقوله عم مولى
القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا
تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان
نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي
في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني من اهلها وانما
الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي ليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه

صين لشرفه وكرامته عن وساخ الناس فالحق به مولاه قال وما جباه الامام من
الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في
مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعلماؤهم
وعمالهم منه ما يكفيهم ويدفع ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه
وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة
الذراري على الاباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون
للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين
ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل
القاضي والمدرس والمفتي

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام
والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه
اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا
غير واجب لان الدعوة بلغته ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع
الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل
ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله
انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلبه وعن الشافعي ان على الامام
ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون
عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناه بالثلث ولنا قوله عم
اقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عم من بدل دينه فاقتلوه
ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا
يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل
وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له
ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال فان قتله قاتل قبل
عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب
وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما
المرتدة فلا تقتل وقال الشافعي تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة
للقتل من حيث انها جناية متغلظة فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة
تشاركها فيه فتشاركها في موجبها ولنا قوله عم نهى عن قتل النسوان
ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الاخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء
وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم

صلاحية البنية بخلاف الرجل وصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم
لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق
العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها
مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى فلما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في
كل يوم مبالغة في الحمل على الاسلام وقال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته
زوالا مراعى فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يزول
ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله
انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه
ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره
فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم
يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه استقر
كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه
في الاسلام الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد كلاهما لورثته وقال الشافعي كلاهما فيء لانه مات
كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في
الكسبين بعد الردة باق على ما بينا فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته
اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد
في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها
ومن شرطه وجوده قبلها ثم انما يرثه من كان وارثا له في حال الردة وبقي وارثا له
الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة اعتبارا بالاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا له
عند الردة لان الردة بمنزلة الموت ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان
الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد
السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض
وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا
وقت الردة والمرتدة اكسابها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف
المرتد وعند ابي حنيفة يرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال
حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف
المرتد وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده
وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته من المسلمين

وقال الشافعي

وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار
الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام
لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر
لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته
ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا
عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال
ابو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار
الحرب فهي على هذا وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال
الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال ردته قال رضي الله عنه
وهذه رواية عن ابي حنيفة وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف بذلك
يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف
وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى
كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني
ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ
عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة ليس بمملوك له لبطلان اهلية
الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر
فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو
كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق
الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر
بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف
ومحمد تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما
قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او رهنه وتصرف فيه من امواله في
حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل
او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز ما صنع في الوجهين
اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق
لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح
والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها
تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في
توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ الملك ولا خفاء

في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا
لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة
قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفه الا انه عند ابي يوسف يصح كما يصح من الصحيح لان
الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد
يصح كما يصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما
يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة انه حربي
مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرف بناء عليه وصار
كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا
المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية
بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة
لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام
مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه
لاستغنائه فاذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث
عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض
فلو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا واذا وطئ
المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر
منذ ارتد فادعاه فهي ام ولده والولد حر وهو ابنه ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة
ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما
الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد يتبعها لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار
في حكم المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم
يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق
ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل
القسمة رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته بقضاء
القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به
لابنه فكاتبه ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي اسلم
لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو خلفه
كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه
واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه
في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة وقالا فيما اكتسب في حال الاسلام والردة لان

العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا
ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله
المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفاته دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه
ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده وان قطعت يد المسلم عمدا فارتد
والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق ثم جاء مسلما فمات من ذلك
فعلى القاطع نصف الدية في ماله لورثته اما الاول فلان السراية حلت محلا
غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار
لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو ما
اذا لحق ومعناه اذا قضي بلحاقه لانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه
حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي
بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله فان لم يلحق واسلم ثم مات
فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمه الله في جميع ذلك
عليه نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى
الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت
فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة
في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت
الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حالة بقاء اليمين
واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا واخذ بماله وابى ان يسلم
فقتل فانه يوفي مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان
كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة فلان
المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه
الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى
واذا ارتد الرجل وامرأته ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا
وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها
ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام وهي رابعة اربع مسائل كلها
على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية
للقرابة فان ارتد الصبي الذي يعقل فارتداده ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد ويجبر على الاسلام
ولا يقتل واسلامه اسلام ولا يرثه ابواه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف

لان الاهدار [illegible]

وهو كما اذا [illegible] الانعقاد وثبوت الحكم

ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام وقال زفر والشافعي ارتداده ليس بارتداد
وإسلامه ليس بإسلام لهما في الإسلام أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا ولأنه
يلزمه أحكام تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا أن عليا رضي الله عنه أسلم في صباه
وصحح النبي عليه السلام إسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو
التصديق والإقرار معه لأن الإقرار عن طوع دليل الاعتقاد على ما عرف والحقائق
لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهي من أجل المنافع وهو الحكم
الأصلي ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالي بشوبه ولهم في الردة أنها مضرة محضة بخلاف
الإسلام على أصل أبي يوسف لأنه يتعلق به أعلى المنافع على ما مر ولأبي حنيفة
ومحمد أنها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الإسلام إلا أنه يجبر على
الإسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لأنه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان
مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده
لأن إقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل والله أعلم

باب البغاة

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الإمام
دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم لأن عليا رضي الله عنه فعل كذلك
بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ
بقتال حتى يبدؤوه فإن بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال رضي الله عنه هكذا ذكر
القدوري في مختصره وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ
بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدؤوا بالقتال حقيقة لأنه
لا يجوز قتل المسلم إلا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لأن نفس الكفر مبيح عنده
ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لأنه لو انتظر الإمام
حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم فإذا
بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا
عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الإمكان والمروي عن أبي حنيفة من لزوم
البيت محمول على حال عدم الإمام أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء
والقدرة فإن كان لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم
وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي
لا يجوز ذلك في الحالين لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما
ذكرناه أن المعتبر دليله لا حقيقته ولا تسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول
علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة

في هذا الباب

في هذا الباب وقوله في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة وإن كانت يقتل الإمام الأسير
وإن شاء حبسه لما ذكرنا ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال ولا بأس
بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه وقال الشافعي لا يجوز والكراع
على هذا الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه ولنا أن عليا رضي
الله عنه قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك و
لأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى
والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى ويحبس الإمام أموالهم فلا يردها عليهم
ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع
شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه يبيع
الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة
ولا استغنام فيها قال وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من
الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانيا لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية
ولم يحمهم فإن كانوا صرفوه في حقه أجزأ من أخذ منه لوصول الحق إلى مستحقه وإن
لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك لأنه لم
يصل إلى مستحقه قال رضي الله عنه قالوا لا إعادة عليهم في الخراج لأنهم مقاتلة
فكانوا مصارف وإن كانوا أغنياء وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك لأنه حق
الفقراء وقد بيناه في الزكاة وفي المستقبل يأخذه الإمام لأنه يحميهم فيه لظهور
ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لأنه لا ولاية
لإمام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وإن غلبوا
على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا عمدا ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه وتأويله
إذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم ينقطع ولاية الإمام
فيجب القصاص وإذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فإنه يرثه فإن قتله الباغي
وقال كنت على حق وأنا الآن على الحق ورثه وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على
باطل لم يرثه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين
وهو قول الشافعي وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن
ولا يأثم لأنه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان
عندنا ويأثم وقال الشافعي في القديم أنه يجب وعلى هذا الخلاف إذا تاب المرتد
وقد أتلف نفسا أو مالا له أنه أتلف مالا معصوما أو نفسا معصومة فيجب الضمان
اعتبارا بما قبل المنعة ولنا إجماع الصحابة رواه الزهري ولأنه أتلف عن تأويل فاسد

والقاصد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم
وهذا لان الاحكام لا بد فيها من الالزام او الالتزام ولا التزام لاعتقاد
الاباحة ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية ثابتة قبل المنعة وعند
عدم التاويل يثبت الالزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع
اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف
في قتل الباغي العادل ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة
ههنا الى استحقاق الارث ولهما ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ
القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاؤه على ديانته
فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال ويكره بيع
السلاح من اهل الفتنة ايام الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية
وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة وممن لم يعرفه من اهل الفتنة باس
لان الغلبة في الامصار اهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع
ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع
الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط يسمى به
باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه احيائه وان غلب
ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما
ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا
مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه
والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يامره القاضي به
ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان ياخذه منه
لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده وان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه
اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه
يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف
بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال حق الملتقط
وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا
والاصح انه يصح على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه
اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له
لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما
في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان

عن تأويل

على الظن ضياعه فواجب قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار

لا منازع

لا منازع له فيه الا اذا اقام الاخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار
المسلمين او في قرية من قراهم فادعاه ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما
وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام
الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في
قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او في كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما
اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان
او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان
لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله
لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير
احدهما يعتبر كافرا وفي بعض النسخ اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان
اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد
انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا
تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم من
الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له
اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه
الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه
بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كا
كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب
الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرفه في مال اللقيط اعتبارا
بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالراي الكامل
والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما ويجوز ان يقبض له
الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام
ووصيها قال ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله ويؤجره
قال رضي الله عنه وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز
ان يؤجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه
الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على
ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد
الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا
الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف

الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا
انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذه
لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع واذا لم يشهد
الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف رح لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره
الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه
وهو الاخذ للمالك وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله
لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول
من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانها اسم
جنس قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا
عرفها حولا قال رضي الله عنه وهذا رواية عن ابي حنيفة وقوله اياما على حسب ما يرى
وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك
والشافعي لقوله عم من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول
ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة
وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به
وليست في معناها في تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا
وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأي المبتلى به
وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط
يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها
وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به
وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها فيه وفي المجامع فان ذلك اقرب الى الوصول
الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة
وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه
مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها
والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك
بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على
اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها
قال فان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى
الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه

فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل
بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى
غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في
تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين ان هلك في يده لانه قبض ماله
بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال ويجوز الالتقاط في الشاة
والبقرة والبعير وقال مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقرة في الصحراء فالترك
افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة
مخافة الضياع وان كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم
فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها
وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط عليها بغير
اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك
دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في
الانفاق على ما بينا واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة
اجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه
وكذلك يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة
قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان
الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على صاحبها لانه نصب
ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلثة ايام على قدر
ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة
مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله عنه وفي الاصل شرط
اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه بالانفاق
وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان
قال لا بينة لي يقول القاضي له انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى
يرجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب
وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر
ولم يبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح قال
واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حيي بنفقته
فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فان
له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط

قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن واللقطة في الحل والحرم سواء وقال الشافعي رحمه الله يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم لا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر رجل وادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي رحمهما الله يجبر على ذلك والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده فاذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهر ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي رحمه الله يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا والله اعلم

كتاب الآبق

الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك

الابق

الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق من الاباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأي القاضي وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي اقل مدة السفر وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه وهذا قول محمد وقال ابو يوسف له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رده بعد مماته فلا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة فلا يتناولهم اطلاق الكتاب قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ لا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان في حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم

يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما
اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا
اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الآبق
رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة
احياء المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت
وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي
على الراهن لان حقه تعلق بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان
كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء
لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى
ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان
موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب حصلت ما
بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة
ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولم يعلم احي هو او ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم
عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه
الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي
حقه لا خفاء انه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ
ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود
ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه
انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في
الوكيل من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب
وانه لا يجوز الا اذا راه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد
يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع
ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في
حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال وينفق على زوجته
واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد
والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق
عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته
الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء

والقضاء

والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار
والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله
من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن
ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا
الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت
وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة
والدين والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين
فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة والدين او النكاح والنسب
يشترط الاقرار بما ليس بظاهر وهذا هو الصحيح فان دفع المودع بنفسه او المديون
لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان
القاضي نائب عنه فان كان المودع والمديون جاحدين اصلا وان كانا جاحدين
الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه
للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال
آخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امراته وقال مالك اذا مضى اربع سنين
يفرق بينه وبين امراته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي
الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها
بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد
هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا
بالشبهين ولنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى ياتيها البيان وقول
علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج
بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة
والموت في حيز الاحتمال ولا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول
علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا
فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما
تنحل بعد استمرارها سنة قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا
بموته قال رضي الله عنه وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت
الاقران وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس
ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت المرأة
عدة الوفاة من ذلك وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه

مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه
لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حيوته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات
في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في
الاستحقاق وكذا لو اوصي للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود
وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطي اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان
معه وارث يحجب به لا يعطي اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن
وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث
فيعطيان النصف لانه متيقن ويوقف النصف الاخر ولا يعطي ولد الابن لانهم
يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي
الا ان يظهر منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه
الفتوى ولو كان معه وارث اخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطي
كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطي وان كان ممن يتغير به يعطي الاقل
للتيقن كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهي بما تم فيه هذا والله اعلم

كتاب الشركة

الشركة جائزة لانه عم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم
عليها قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها
رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الاخر الا باذنه
وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في
الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالاهما من غير
صنع احدهما او يخلطاهما خلطا يمنع التمييز رأسا والا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من
شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه
لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهي والضرب الثاني شركة العقود
وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول
الاخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون
ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة
وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك
الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات
يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال
قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي
متساوين فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد

ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك
احدهما تصرفا لا يملكه الاخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين ان شاء الله
وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال
مالك لا اعرف ما المفاوضة ووجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة
بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد ووجه الاستحسان قوله عم فاوضوا فانه اعظم
للبركة وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما
في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى
لو بينا جميع ما يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى قال فتجوز بين الحرين العاقلين
البالغين المسلمين او ذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابيا والاخر
مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام
المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما
الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين
المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز للتساوي بينهما
في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشافعي
والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه
يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف
فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير يصح ولو اشتراها
مسلم لا يصح ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام
صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك
في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون
عاما قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فليتحقق المقصود وهو
الشركة في المال على ما بينا والكفالة ليتحقق المساواة فيما هو من مواجب
التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد منهما
يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان
مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان
شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى
عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه
على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس
ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء المشتري

ما يصح

بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه
من مال مشترك بينهما فان قيل ما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك
فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار
ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو
كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا
لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار
كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه
يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء
تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض
بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة
انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل
حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق المعاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه
في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان
الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة لانه معاوضة انتهاء قال وان
ورث احدهما مالا تصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة
وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي شرط فيه
ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها
تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء
لكونه غير لازم وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار
لانه لا يصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه

فصل

ولا تنعقد الشركة
الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل
والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم
فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيه من ربح ما لم يضمن
فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد
منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه
ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته
اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود
الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكه في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا
بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج

تروج

رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين
بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانها على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف
لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة
ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة صحة المضاربة
بها قال ولا تجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة
بها هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده
التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات
وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها
قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا
ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن
الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهرا
الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون
ثمنا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون
والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه
وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك عند ابي يوسف والشركة شركة
ملك لا عقد وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في
المالين واشتراط التفاضل في الربح وظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانه
يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد انه ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا
في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين
بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير
والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط
من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما
في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قال واذا
اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم
عقد الشركة قال رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس
مال الشركة وتأويله اذا كانت قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت
يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة قال واما شركة العنان فتنعقد على
الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر او طعام او يشتركان
في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما

وانعقاده

تتعين بالتعيين ح

بالمكيل والموزون

بالتعيين ح

بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض يقال عنّ له اي عرض له وهذا
لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في
المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا
في الربح وقال زفر والشافعي لا يجوز التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال
اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان
بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان
الخلط فصار الربح بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله عم الربح على ما شرطا
والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في
المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى او اكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة
فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به
من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل والى بضاعة باشتراطه
لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة
اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير
ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد
منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اذ اللفظ
لا يقتضيه ولا تصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا
ومن جهة احدهما دنانير ومن الاخر دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الاخر سود
وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما هو
شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وما اشتراه كل
واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الاخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة
والوكيل هو الاصل في الحقوق قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من
مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان
لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الاخر وهو ينكر
والقول قول المنكر مع يمينه قال واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا
شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في
الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة
والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على
ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة
صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل

العقد

العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا
اذا هلك في يد الاخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على
الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين قال وان اشترى احدهما
بماله ثم هلك مال الاخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان
الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشرى فلا
يتغير الحكم بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد
خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت
في المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه
بحصته من الثمن لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه
وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك المال
الاخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الاخر بمال الاخر ان صرحا
بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة
ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة
ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد
الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة
لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت بطل
ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال وتجوز الشركة
وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي لا تجوز لان الربح فرع المال و
لا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان
المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف
المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على
عمله اما ههنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط فلا
يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال
لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان
العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا
ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما
يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت
الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه فصار
كالمضاربة ولا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل

قال ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب
انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة قال
ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة
ولان له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه
لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة
فتتضمنها وعن ابي حنيفة رح انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية
الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره
باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان
الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء
من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل حيث لا يملك
ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال ويده في المال
يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة
قال واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل فالخياطان والصباغان يشتركان على
ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر رح
والشافعي رح لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس
المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه
ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف
اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل
والمكان خلافا لمالك وزفر فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا
يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان
الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه
وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد
الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل متقوم
بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به ولا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس
المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة
وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما
يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي
غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة
والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان

بالدفع م

الا ترى

الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر ولهذا يستوجب الاجر بسبب
نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما شركة
الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا
فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند
الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا
اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي
والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل قال وكل واحد منهما وكيل الآخر
فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية فتتعين الاولى
فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا
فيه وان شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان
الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان ورب المال يستحقه بالمال والمضارب
بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق
بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم
يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا
والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن
فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف
العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلتحق بها

فصل في الشركة الفاسدة ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد
وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا
الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل
في اخذ المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بغير امره فلا
يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه
معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما
ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما واعانه
الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر
فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رح وعند ابي يوسف رح لا يجاوز به
نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال واذا اشتركا ولاحدهما
بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة
والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب البغل

وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز
المباح وهو الماء وما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد
استوفى منافع ملك الغير وهو البغل والراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة
فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال
فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية
وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال واذا مات احد الشريكين او
ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق
الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق بدار الحرب مرتدا اذا قضى
القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت وكذا بالالتحاق بدار الحرب مرتدا على ما نبينه
ولا فرق بينهما اذا علم الشريك بموت صاحبه ولم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت
الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم
او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي

فصل

وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن
كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن
علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا
اديا على التعاقب اما اذا اديا معا يضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى
هذا الاختلاف المامور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الآمر
بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا
لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه
ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج
الآمر لم يضمن المامور علم او لا ولابي حنيفة رح انه مامور باداء الزكوة والمؤدى
لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة
الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود قد حصل باداءه
وعرى اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار
فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه
فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر
الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار

فصل

قال واذا اذن احد المتفاوضين لشريكه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رح
وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك

فيرجع

فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شرى الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة
والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على
مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن
يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا
انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام
والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس
العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما
بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب
التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به
الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال
ابو يوسف رح يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رح لا يزول حتى يجعل للوقف
وليا ويسلمه اليه قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس يقال وقفت الدابة
واوقفتها بمعنى واحد وهو في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف
والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق
بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه
جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك
الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم
ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قوله عم
لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع
ولا يوهب ولا يورث ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه
على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في
الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة رح قوله عم لا حبس عن فرائض
الله تعالى وعن شريح رحمه الله جاء محمد عم ببيع الحبيس ولان الملك باق فيه
بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف
الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها
الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما
ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه
غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه

جعله حبيسا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وبابهما لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا
لله تعالى قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه
بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في المجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح
انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا
فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشائخ ولو وقف
في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند
ابي حنيفة وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع
المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول
الشافعي رح بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي
لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو
مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة
الزكوة والصدقة قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق
مكانه قوله صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل
في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما
انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضي الله عنه وقوله خرج عن ملك
الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال ووقف المشاع
جائز عند ابي يوسف لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا
تتمته وقال محمد لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما
يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد ايضا لانه يعتبره
بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما
لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان
المهاياة فيهما في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه
في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال
وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان
الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث
في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان
الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم
الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال
ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع جاز ويصار

وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز

بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك
وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه
فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود
هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف
الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد
شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف رح لا يشترط ذكر التأبيد لان
لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك
كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم
وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة
وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد
فلا بد من التنصيص قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضي
الله عنهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا
على الارسال قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها
واكرتها وهم عبيده جاز وكذلك سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في
تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب
في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول
بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد يجوز حبس الكراع
والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه فيه على ما قالوا وهذا
استحسان والقياس انه لا يجوز لما بيناه قبل وجه الاستحسان الآثار
المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادرعا له وافراسا في
سبيل الله وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله ويروى اكراعه
والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها
وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات
كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل
والمصاحف وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص
ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل
كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى
انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين
تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل فيه

لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه
يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله فاشبه العقار والكراع والسلاح
ولنا ان الوقف فيه لا يتابد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير
بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي
على اصل القياس وهذا لان العقار يتابد والجهاد سنام الدين فكان
معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال واذا صح الوقف
لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك
القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة
فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى
المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن
بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه
لان الولاية للواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار
خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم
المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما
ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف
وان اعطى جاز ويكون بقدر الدراهم شراء قال والواجب ان
يبتدى من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشترط لان
قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط
العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى
بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم
واقرب اموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه
واخره للفقراء فهي في ماله اي مال شاء في حال حيوته ولا يؤخذ من الغلة
لانه معين يمكن مطالبته وانما تستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف
على الصفة التي وقفه وان خربت يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها
صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة له
والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء اخر الا برضاه ولو كان الوقف على
الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول اصح لان
الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة وان كان
وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان

على ما

على ما مر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا
اجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك
رعاية حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا
والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع
صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه في حيز
التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال وما انهدم من بناء
الوقف والته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه
امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التابيد
فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها
والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر
اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف
المبدل ولا يجوز ان يقسمه بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا
حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف
اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه
جاز عند ابي يوسف رح قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل
الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف ولا يجوز على قول محمد رح وهو
قول هلال الرازي وبه قال الشافعي رح وقيل ان الاختلاف بينهما بناء
على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتداة
والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما
اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط
البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ماداموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء
والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح
لان اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد رح ان الوقف
تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه الكل او البعض
لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذة
وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف ما روي ان النبي عم كان ياكل
من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط
فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على
ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى

لنفسه لان يجعل ملكه لنفسه وهذا الكل جائز كما اذا بنا خانا او سقاية
او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده
القربة وفي صرفه الى نفسه قربة قال عم نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط
الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف
وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف
ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا
بناء على ما ذكرناه **فصل** واما الولاية فقد نص فيها على قول ابي يوسف
وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام
ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية
قال مشايخنا رحمهم الله الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله
ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا
ان المتولي انما يستفيد الولاية منه من جهته بشرطه فيستحيل ان لا
يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا
الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب
المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف
شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان
ينتزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط
ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه
شرط مخالف لحكم الشرع فبطل **فصل** واذا بنا مسجدا لم يزل ملكه
عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى
فيه واحد زال عنه ملكه عند ابي حنيفة رح اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى
الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد رح ويشترط
تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام
تحقق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلوة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة رح
وكذا عند محمد لان فعل كل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد انه يشترط
الصلوة بالجماعة لان المسجد يبنى لذلك في الغالب وقال ابو يوسف يزول ملكه
عنه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد
فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل
قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق

وعزله

وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو
كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال
اذا جعل السفل مسجدا او على ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتابد وذلك يتحقق
في السفل دون العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن
او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد وراى
ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين قدم الري اجاز ذلك كله لما قلنا
قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني له ان يبيعه
ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه
كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد
انه لا يباع ولا يوهب ولا يورث اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف رح انه يصير مسجدا
لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق فصار مستحقا
كما يدخل في الاجارة من غير ذكر ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا
يبيعه ولا يورث عنه لانه تحرر عن حق العباد فصار خالصا لله تعالى وهذا لان
الاشياء كلها لله تعالى فاذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله
فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد فاستغنى عنه
يبقى مسجدا عند ابي يوسف رح لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود
الى ملك الباني او الى ورثته بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت
وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير
والحشيش انه ينقل الى مسجد اخر قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه
بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم
عند ابي حنيفة رح لانه لم ينقطع حق العبد عنه الا ترى ان له ان ينتفع به ويسكن
في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط
حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد
لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول
ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد
اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال
الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي
بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم الى المتولي صح
التسليم في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل

المنوب عنه واما المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا بد من التسليم الى المتولي فيه وقد قيل يكون تسليما لانه لا يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه واذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذه بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقد قيل هو بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمر او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه

كتاب البيوع **قال** البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر يقول اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة **قال** واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا

ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال **قال** والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل **قال** ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها **قال** ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب وارُوج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا ولا اختلاف في المالية **قال** ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة لما فيه من احتمال الربا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابهت جهالة القيمة **قال** ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر **قال** ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد

عند ابي حنيفة رحمه الله للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمي
جملة قفزانها لانه علم ذلك الان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع
ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وكذا
من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت
وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة
من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وفي بيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت
فلا يفضي الجهالة الى المنازعة فيه ويفضي اليها في الاول فوضح الفرق بينهما وبين ومن
ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء
اخذ الموجود بحصته وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود
وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معلوم والقدر
ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها
مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء
ترك لان الذرع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف
لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول
لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور
لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري
ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال
بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذها بحصتها وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه
صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له
الزيادة في المبيع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة
لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط ومن اشترى
عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو
جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة
اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان الذراع اسم لما
يذرع به الممسوح واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير
معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم
هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة
اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا

بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا بالمشروط وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم

جاز

جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة الموصوفة
المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى
ثوبين على انهما هرويان واذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما
لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في
المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا
هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول ياخذه
بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمه الله
في الوجه الاول ياخذه باحدى عشر ان شاء وفي الثاني ياخذه بعشرة ان شاء
وقال محمد رحمه الله في الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف
ويتخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها
ولابي يوسف رحمه الله انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع بمنزلة ثوب على
حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم
المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل
في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط
لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع
ذراع منه **فصل** ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم
الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون
تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر في البيع وان لم يسمه
لانه متصل به للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية
لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه
ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا
فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان
خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع
وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان
عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح
الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة
ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض
زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم
المعوض ولا فرق بينهما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم تكن في الصحيح ويكون

في الحال ليس للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين ولا يدخل في بيع الشجر من
غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل
فيه لانه مودع فيه كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل يدخل وقيل لا يدخل
وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان يتناوله المشافر والمناجل
ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل
وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا
وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فبمنزلة المتاع
لا يدخل الا بالتصريح به بمنزلة المتاع قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها
او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني
وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها
في الحال تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان
شرط تركها على النخل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك
الغير او هو صفقة في صفقة وهي اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط
الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا
واستحسنه محمد رح للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم
وهو الذي يزيد لمعنى من الارض او الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع
طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان
تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان
اشتراها مطلقا وتركها على النخل وقد استاجر النخل الى وقت الادراك
طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا
بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث
لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها
مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر
التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في
مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول
لتحصل الزيادة على ملكه قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة
خلافا لمالك لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى
نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قالوا هذا رواية الحسن وهو قول الطحاوي
واما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده

يجوز

يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف
استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع
الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي
لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده
وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه
مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي
عن النبي عم انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن
العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع بينهما كونه
مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى
لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربا
لانه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل مفاتيح اغلاقها في البيع
لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع
الغلق لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال واجرة الكيال وناقد
الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة
وكذا على هذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية
ابن رستم عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الا يرى انه بعد الوزن والبائع
هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية
ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد
كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري
لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع
سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري متعين في المبيع
فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا
للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما
في التعيين ولا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار
الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة ايام فما دونها
والاصل فيه ما روي ان حبان ابن سعد بن عمرو الانصاري كان يغبن في البياعات
فقال له صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ولا يجوز
اكثر منها عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رح وقالا يجوز اذا سمى
مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنه انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار

انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل
في الثمن ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه
بخلاف القياس بما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة
الا انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر رح هو يقول ان العقد فسد ابتداء
فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما لو باع بالرقم
وكذا لو باع ثوبا برقمه واعلمه بالرقم في المجلس لا يجوز عند زفر رح ايضا ذكره ابو الليث
في اساس الفقه واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع واذا اجاز قبل
ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل
ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى
على انه ان لم ينقده الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد رح يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلاث جاز في قولهم
جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند
عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة رح على اصله في الملحق به
ونفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد رح في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ في الاصل
بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس اخر واليه مال زفر وهو انه بيع
شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط
الفاسد فيه اولى ووجه الاستحسان ما بينا قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن
ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا
يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع ولو قبضه المشتري
وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا
ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك
في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق قال
وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر
لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له
دون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لانه لما خرج
عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد
لنا به في الشرع ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل
المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع
لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف

على المصلحة

على المصلحة ولو ثبت الملك له ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر
قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذلك اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار
للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب
فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد
حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار
ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها لان
الوطء بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقصها وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لانه وطئها بملك اليمين فيمتنع
الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري
بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه
اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت
لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في
المدة لا يجتزى به من الاستبراء عنده ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء
عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة
بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن
البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع
القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار
قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فابرأه البائع
عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له
يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من
اهله ومنها اذا اشترى ذمي خمرا من ذمي على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار
عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها
فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ
وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون
الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي
والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه
فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل
بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه
عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا

كان الخيار للبائع او لا بطلت لسلعة مشتراة باختيار اذ كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر
فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول
انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه
المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم
به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد لمضي المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له
الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي رح يورث عنه لانه حق لازم
ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة
وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان
المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت
للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى شيئا وشرط
الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره
جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب العقد واحكامه
فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت
الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه
وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو
اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان
منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف
العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان
المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا
بحال التصرف وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح واستخرج ذلك
مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من رجل غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل
وابو يوسف رح يعتبرهما قال ومن باع عبدين بالف على انه بالخيار في احدهما ثلثة
ايام فالبيع فاسد فان باع كل واحد منهما بخمس مائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع
والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار
وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه
الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل
فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو
المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد
في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد

للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين
والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة
الثمن قال ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة
ايام فهو جائز وكذلك الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس
ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رح فيهما وجه الاستحسان
ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى
هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه
لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع وكان في معنى ما ورد به الشرع غير
ان هذه الحاجة تندفع بالثلاث لتعين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة
اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة
ولا يثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار
التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير
فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد
من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما
ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد ثوبين وهو الصحيح
لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك
احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالعيب ولو
هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة
فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار
فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت
في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال ومن اشترى
دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب
الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما يثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك
بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت
الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح
خاصة قال واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان
يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار
الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط
صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة

لوجود الجيد والوسط والرديء فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث صح

فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما
لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه
فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه
فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف
النوع لقلة التفاوت في الاعراض فلا يفسد العقد بفواته بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات
وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء
رده وقال الشافعي رحمه الله لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا
لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم
يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت
ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم
انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق
فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت قال ومن باع ما لم يره
فلا خيار له وكان ابو حنيفة يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار
الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم
باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه المرجوع اليه
انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه
باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار
لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رضي الله عنه انك قد غبنت فقال لي
الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد
ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان
تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق
والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعده لانه لما لزم تعذر الفسخ فيبطل
الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة
والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله
بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر
الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له

والاصل

والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود
ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا تتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته
ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردى مما رأى فحينئذ
يكون له الخيار وان كان تتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل
واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة
والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه
يعرف وصف البقية لانه يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية
الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو
والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيرها وشرط بعضهم
رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان
المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد
من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان
لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج
وعند زفر رحمه الله لا بد من الدخول في داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق
عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول
في داخل الدار للتفاوت فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل
كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب فلا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند
ابي حنيفة وقالا هما سواء وله ان يرده قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض فاما
الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط
الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان
القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان
تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل
لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه
قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه
وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط
بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله بخلاف
الرسول فانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض اذا
كان رسولا في البيع قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه
اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف

بالجس وشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط
خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن
ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره
لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق
الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال
الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤية الوكيل
رؤية الموكل على ما مر آنفا قال ومن رأى احد الثوبين واشتراهما ثم رأى
الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت
في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريق
الصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده
ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل ومن مات
وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار
الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا
خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا
اذا كان لا يعلمه مرئيته لعدم الرضا به وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية
لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير
حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر
شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري
فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة
فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية
السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيته لعدم الرضا به وان وجده
متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره وان
اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر
الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا
اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله ومن اشترى
عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب
وكذا خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة
قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان
الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع

المسئلة

المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رح
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء
اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند
فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان
لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد ولانه لم يرض بزواله
عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره
والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان
ذلك رضاء به قال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب
لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله
والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس
ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهر عند البائع في صغره
ثم حدث عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدث بعد
بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر
والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن
والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث
في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق
عيبا قال والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع
ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في
الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد
المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة
للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان هو الاستخدام ولا يخلان به
الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية
دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد
ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له بان زنى
اكثر من مرتين على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما لان
طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة
فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وعند الشافعي رح
يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب

المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود

فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة
الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة
ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح
قال وإذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع
لأن في الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد
من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه
لأنه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لأنه
امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك
لأن الامتناع لحقه وقد رضي به فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء لأن الرد غير ممتنع
برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فإن قطع الثوب وخاطه
أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد
بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك عنه ولا وجه
إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه لأن
الامتناع لحق الشرع لا لحقه فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان
لأن الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا إن من
اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان
ولو كان الولد كبيرا يرجع لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة وفي الثاني
بعده بالتسليم إليه قال ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع
على عيب رجع بنقصانه أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي
لا بفعله وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار
كالقتل وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في
الأصل محلا للملك وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى الإعتاق فكان إنهاء فصار كالموت
وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد
بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء
لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرجع لأنه إنهاء للملك
وإن كان بعوض فإن قتل المشتري العبد أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة
أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع لأن قتل المولى عبده
لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء ووجه الظاهر أن
القتل لا يوجد إلا مضمونا وإنما يسقط الضمان هاهنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به

عوضا بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبدا مشتركا
وأما الأكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف
إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه
فأشبه الإعتاق وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع
والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء
ثم هو يمنع الرجوع فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند
أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعندهما أنه يرجع
بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض قال ومن
اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده فاسدا
فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في
الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن ماليته باعتبار اللب قال وإن كان ينتفع
به مع فساده لم يرده لأن الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب
دفعا للضرر بقدر الإمكان وقال الشافعي رحمه الله يرده لأن الكسر بتسليطه قلنا
التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه
ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لأنه لا يخلو عن قليل فاسد
والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وإن كان الفاسد
كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر
والعبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن قبل بقضاء
القاضي بإقرار أو بينة أو بإباء يمين له أن يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل
البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء
ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل
بالبيع إذا رد عليه بالعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لأن البيع هناك
واحد والموجود هاهنا بيعان فينفسخ الثاني لا ينفسخ الأول وإن قبل بغير
قضاء القاضي ليس له أن يرده لأنه بيع جديد في حق ثالث وإن كان فسخا
في حقهما والأول ثالثهما وفي الجامع الصغير وإن رد عليه بغير قضاء بعيب
لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذي باعه وهذا يبين أن الجواب فيما يحدث
مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع أن فيما لا يحدث مثله
يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول قال ومن اشترى عبدا فقبضه
فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة لأنه

انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله
يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه فان قال المشتري
شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار
ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه
قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق
عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره
انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف
بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله
ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله
لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه
ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد
والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت
التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم
انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله لهما ان
الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض
ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد
قيام العيب فان نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمنا قال
رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال
لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية
وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري
بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض
فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا
في المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر
عيبا فانه يأخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل
التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق
في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رحمه الله انه
يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض
المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا
يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر

وهو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي
فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض
تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق
احدهما ليس له ان يرد الآخر قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه
عيبا رده كله او اخذه ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء
واحد الا ترى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل اذا كان هذا في وعاء واحد
وان كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون
الآخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق
لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان
بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام
وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر
الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها
او كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستيفاء
بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب
مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا
فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء
العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف
في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا قال ومن
اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن
عند ابي حنيفة وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف
اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة
العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي
المالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده فصار
كما اذا اشترى حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها
حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى
الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب
او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسألة ممنوعة ولو
سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا
وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله

والجارية

فبثلثة الارباع لان البدن من الادمي ينصف وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع
فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده
كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة
العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به
ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع
عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب
بعددها وقال الشافعي رح لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة
لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح
ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك
لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود
والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث وهو قول
زفر رح لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رح ان الغرض الزام العقد
باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث جميعا

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع
بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه
فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل
وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد
مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة ركن البيع وهو مبادلة المال
بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع
في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي
القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من
المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني قولهما كما في
بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال
القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري بقيمته وفيه خلاف الشافعي رح
وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست
اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم
والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان
كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند
اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه

بالعقد

بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها
وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف
ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر
وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق
نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا
باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال وبيع ام الولد
والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام
الولد لقوله عم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال
لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق
المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه
روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف
الشافعي رح وقد ذكرناه في العتاق وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض
بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان
تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق
في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل
الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع
في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصارا كمال المشتري
لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضم اليه كذا
هذا قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة
اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه
فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها
المدخل لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو
ارسله من يده لانه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عم عن بيع
الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه
انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف
على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره
بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه في الصوف
متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عم نهى عن بيع الصوف على

بخلاف ما اذا اشترى الخمر بالدراهم والدنانير

والقطع

ظهر الغنم وعن اللبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح في هذا الصوف حيث
جوز بيعه فيما يروى عنه قال وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او
لم يذكراه لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة
فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا
ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد
بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا
وان شقها واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود قال
وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضربة الشبكة مرة لانه مجهول ولان
فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجدود مثل كيله خرصا لانه عم
نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها
بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما
اذا كانا موضوعين على الارض وكذلك العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي
يجوز فيما دون خمسة اوسق لان النبي عم نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان
يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع
المعرى ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا
مبتدأ قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو
ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع
او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة
والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عم عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر
قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان ياخذ
ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها
والمراد الكلاء اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما
الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك
عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى ولا يجوز بيع النحل
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي
لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما
انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون
منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا
ذكره الكرخي ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه

القز تبعا له وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة
وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة رح كما في دوده والحمام
اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع
الآبق لنهي النبي عم ولانه لا يقدر على تسليمه قال الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده
لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير
آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو
المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد عند الاخذ
لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب
ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه
لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم
عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في
الهوا وعن ابي حنيفة رح انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية
والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى
عن محمد رح قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه
مشروب طاهر ولنا انه جزء الادمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال
بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رح انه
يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا
الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التي هي
ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين
فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتاتى
بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده
عند ابي يوسف رح وعند محمد رح لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل
طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال
وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعر الانسان ولا الانتفاع بها لان
الادمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عم
لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون
النساء وذوائبهن قال ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير
منتفع به وقد قال عم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على
ما مر في كتاب الصلوة ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها

قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها
وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها
الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح وعندهما
بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر
فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال
لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض
باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا
يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب قال وبيع الطريق وهبته
جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل
وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق
معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل مجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من
الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احديهما بينه وبين
حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح
فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي
على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع
اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال ومن باع جارية
فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد
العقد ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رح وهو ان
الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل
لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات
الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر
والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد
للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري
والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية بالف درهم
حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول
لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك فصار البيع من البائع
ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا
قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة
بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع

رسول الله

رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع
ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع
بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة
ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقده الثمن بخمسمائة فالبيع
جائز في التي لم يشترها منه ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل
بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما
باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه
ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه ولانه باعتبار شبهة الربوا ولانه طارئ لانه يظهر
بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على
ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان
اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه
العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة
ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري
لانه ان اعتبر اختلافا في نفس الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا
كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون
القول للمشتري لانه ينكر الزيادة واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها
ففعل ذلك جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف بيع
الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فغيره لا يوليه
ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي
حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر
حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان
كان خنزيرا يسيبه ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او
يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط
وقد نهى النبي عم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط
يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط
وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه
وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه
زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى
العقد عن مقصوده ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده

هو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكنه من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم تتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عم نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى عم عن صفقتين في صفقة قال ومن باع عينا على ان يسلمها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به ولكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه

البايع

البايع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البايع او يشركه فالبيع فاسد قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بيناه وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان يكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الاجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة وهو

الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة
فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه
لا يبطل بالشروط الفاسدة واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام
المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر
بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح الا ان المالك استحق
ما استحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى
البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرطا لقبول
البيع في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد منهما

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما
مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور
فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل
القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر
من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية
وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه
التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في
البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد
المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب
قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم
بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه
وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط
ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في
مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه
بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض
في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل
واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة
والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما
في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب

وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال ولكل واحد من المتعاقدين
فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا

منه وكذا

منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد
بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة
في حق من له الشرط قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط
حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد
مقدم عليه لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع
باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع
بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان
في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال ومن اشترى عبدا بخمر او
خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا
انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع
والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان
الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع
وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها
تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبائع في البيع الفاسد
ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات
البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يتقدم عليه
في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم
الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة
الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا
فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح رواه يعقوب عنه في الجامع
الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال ابو يوسف رح ومحمد رح ينقض البناء
وترد الدار والغرس على هذا الخلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع
حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين
لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام
وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع
لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فلهذا ابنائه وشك
يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رح وقد نص محمد رح على الاختلاف في كتاب
الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف
ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح

ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك فعند ابي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال وكذا اذا ادعى على اخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله عم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال عم لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال عم لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ الثمن في المساومة فاذا لم يركن احدهما الى الاخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد وان كان لا يضر فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عم لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الاخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب عم لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد

فاذا لم يركن اي لم يميل

ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والاخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به قال فان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما وان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فتبطل وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال

فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة
يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا
اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة
بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا
لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا
بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند
محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن
الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو
فسخ بالاقل لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند
ابي حنيفة رح ويجعل التسمية لغوا وعندهما هو بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة
ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون
بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رح ومحمد رح
وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده
لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن
لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه
وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي
لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك
احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية
نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع
شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي
في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى
وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز
عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه
بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير
ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم
يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك
البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل الموصوف جاز لانه يقدر على
الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض

قيمته

قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة
القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق
هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في
قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته
تزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان و
يقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم
بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى
وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته قال فان
اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رح ان شاء اخذه
بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن
وقال ابو يوسف رح يحط فيهما وقال محمد رح يخير فيهما لمحمد رح ان الاعتبار
للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا
مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير لفواته ولابي يوسف رح ان الاصل فيه كونه
تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول وبعتك مرابحة على
الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط
غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح
ولابي حنيفة رح انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول
فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت
الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او
حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد
خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب
لانه يطالبه بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال ومن اشترى
ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل
ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر
ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه
بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما
يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع
الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رح

بلغ

ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف
السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا
لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة
وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد
حصل بغيره قال واذا اشترى العبد المأذون في التجارة ثوبا بعشرة
وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة
وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة
العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول
فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى
في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه
مرابحة على اثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم
الربح خلافا لزفر رح مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية
التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى
انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف
الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها
مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف
تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن
وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطي
وعن ابي يوسف رح في الفصل الاول انه يبين كما اذا احتبس
بفعله وهو قول الشافعي رح فاما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي
فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف
فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين
يقابلها شيء من الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار
او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين
والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة
ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع
الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار
كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب

السلامة

السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يتخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم
لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن فان كان ولاه اياه ولم
يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن
الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف
انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد
وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل
فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل
لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال قال
ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة
الثمن فان اعلمه البائع في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد
لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول
الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا
علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

فصل

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه
لانه عم نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار
الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة رح وابي يوسف وقال محمد رح
لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما
ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر
بخلاف المنقول والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل
الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة
المنافع وهلاكها غير نادر قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة
فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان
ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه
صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك
للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه
مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له
اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع
وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط
ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع

جرت العادة بين ... في الشرى والبيع انه ... [illegible] مترجم

معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما روي عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما روي عن ابي حنيفة لانه لا تحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف قبل القبض جائز في الثمن لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد البائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصح على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح به الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي

معاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى له

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة مناسبة لاظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا محضا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد العاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر التفاوت في الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات ولقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكر اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين

[Marginal note beside the left column:] ويروى بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر والمراد بالمماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما يطلق عليه اسم الحنطة فاذا بيع حبة من الحنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه قوله يدا بيد المراد به عندنا عينا بعين وعند الشافعي قبض بقبض قوله والفضل ربوا الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعند الشافعي فضل زيادة احدهما على الآخر حرام قوله والحكم معلول باجماع القايسين احتراز عن قول داود ومن تابعه من المتاخرين وعثمان البتي من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه في القدر والجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط العمل العلة حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية

اكمل الدين

لمكان المواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند
الاتلاف وعند الشافعي العلة هو الطعم ولا مخلص وهو ما رواه فيحرم ما دون
نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا
او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر
والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى
المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا
وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل
التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي وحنطة في شعير فحرمة ربوا
الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم
النساء لان بالنقدية وعدمها لا تثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير
مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه
نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا
وهي مانعة كالحقيقة الا انه اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما
الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران بالامناء وهو مثمن
يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهي ثمن لا يتعين بالتعيين ولو
باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران
واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه
فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال وكل شيء نص رسول الله
صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه
مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا
فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى
لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن
ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك
لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة
بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان
تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز
الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم قال وكل ما ينسب
الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن
حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا

فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة
المجازفة قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس
لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء
الله تعالى قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا
للشافعي في بيع الطعام لقوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض
في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين
فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من
التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به
ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه وتعاقب
القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة
بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا
والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل
فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير
اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما
اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين
ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد
كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كان بغير
اعيانهما لانه كالي بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان
الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان
المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوي
بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا
بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق
لا يجوز عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية
ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز
لانهما جنسان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما
ولا يبالي بفوت البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال ويجوز
بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز
الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط

اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم وصار
كالحل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة و
ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك
المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن
الثجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وكذا العنب بالزبيب
وقالا لا يجوز لقوله عم حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عم لا اذا
وله ان الرطب تمر لقوله عم حين اهدي اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر
بمثل جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره
وهو قوله عم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش
وهو ضعيف عند النقلة وكذا العنب بالزبيب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل
لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا
كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة والمبلولة بمثلها او باليابس او التمر
او الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح لا يجوز جميع ذلك لانه
يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة رح يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف رح
عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه
الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء
البدلين على الاسم الذي عقد عليه وفي الرطب بالرطب يظهر التفاوت بعد زوال ذلك
الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه ولا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا
لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد
لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددي
متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت
والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن
بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون
وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده
فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة
والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا
في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان
المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم البقر والابل والغنم فاما البقر والجواميس
جنس وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي قال وكذا البان البقر

او كل تمر خيبر

التفاوت ... مع بقاء احد البدلين ... فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه

والغنم

والغنم وعن الشافعي رح انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى
لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال
وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان
عصيرهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال
وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني
والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان
الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن
ابي حنيفة انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة
نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رح وعليه الفتوى
وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة
لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رح يجوز بهما للتعامل
وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربوا
بين المولى وعبده لان العبد وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان
ماذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك
المولى عند ابي حنيفة وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا
كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا
لابي يوسف والشافعي لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عم
لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه
المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار
محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له
الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه ومنه
ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا
بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم
العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل
فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا
يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه
مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار
يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه
وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو

الدقل الرديء من التمر

لا خير فيه ... فصار كالحنطة ... الدقيق

عن علوه وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر
ما ذكرنا عند ابي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه
في الدار يدخل فيه من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال ومن
اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق
هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا
انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق
الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة
المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد
يتجر فيه فيبيعه من غيره فتحصل الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى
جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان
اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها
مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار
حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته
بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا
وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم
بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره
لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد
للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على
العبد شيء وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو
على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على حال وعن
ابي يوسف انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود
ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد
وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره
باني عبد اذ القول قوله في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا بالثمن له
عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف
مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه
بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن
ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة
وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظيره مسئلتنا قول المولى

بايعوا

بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بالقيمة ثم
في وضع المسئلة نوع اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى شرط في حرية العبد
عنده والتناقض يفسد الدعوى وقد قيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى
فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض
غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد
المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب
يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا
مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها
لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها
فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق
غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة
على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى
المنازعة

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك
بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي لا ينعقد لانه
لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا
انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله
في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه
حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون
كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه
الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع
قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان
الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود
عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان
الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة
دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان
الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا
ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل
المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف
على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الورثة في الفصلين لانه توقف

على اجازة المورث بنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال
المبيع جاز البيع في قول ابي حنيفة رحمه الله اولاً وهو قول محمد رحمه الله لان الاصل بقاؤه ثم رجع
ابو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط
الاجازة فلا يثبت مع الشك قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز
المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله
لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف
لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون
وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب
ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وكذا
لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى ينفذ منه
الغاصب اذا ادى الضمان ولهذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى
الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة
الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق
المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح
وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب
غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق
وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا
باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله
واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله
وهو الاصح قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري
لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهو حجة على محمد رحمه الله
والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده
واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في
يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر
ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك
قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا
ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به
بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات في
يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه

وقد فات

وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد
باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق
الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له
فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري
البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل
بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية
على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري
ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق
الاتفاق بينهما فلهذا اشترط طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر في الزيادات
ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق
تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره
وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال
ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند
ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو
قول محمد رحمه الله وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن
عباس رضي الله عنه اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها
اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى آية
وبالسنة وهو ما روي انه عم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص
في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما روينا ووجه
القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات
والموزونات لقوله عم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم
والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانها اثمان والمسلم فيه
لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد
بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة
في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجب
العقد فيه ولا يمكن ذلك قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها
بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة
السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب

معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء باصطلاح
الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه تتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا
وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في
بيض النعامة لانه تتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز
كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا
للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح
فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فلا تعود وزنيا
وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي يجوز لانه يصير معلوما
ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب
ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي
الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا
على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى
العصافير قال ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع للتفاوت اذ هو عددي لا مقدار لها
قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا
عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه
لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين
المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما
بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على
التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة
على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو
انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده لان السلم
قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال
ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط
الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت
ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع
في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما
ذكرنا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده
قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما

بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه
وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله
انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله وهذه الجهالة مفضية الى
المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع
وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين
فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم
الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام
الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل
ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي
على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى
المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف
يوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه
لا يعرف مقداره لانه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة و
قد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع
مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في
قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف قال ولا في طعام قرية بعينها
او ثمرة نخلة بعينها لانه قد تعتريه آفة فلا قدرة على التسليم واليه اشار عليه السلام
حيث قال ارأيت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه المسلم
ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا
والبساخي بفرغانة ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط جنس معلوم
كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة
كقولنا جيد او رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معلوم او كذا
وكذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه ما بيناه ومعرفة مقدار
رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية
المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس
المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان
مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة
وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم
يعلم قدره لا يدري كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس

المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان راس
المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن
فروعه اذا اسلم في جنسين فلم يتبين راس المال كل واحد او اسلم جنسين ولم
يتبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد
الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان اخر فيه فيصير نظير اول اوقات
الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة ان التسليم
غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب فاذا لم يتعين فالجهالة
مفضية الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان
وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه
عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد
عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا
وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح
انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار
ومكان تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان
الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال
رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي
مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو
عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق
ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما
ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه اما اذا كان
من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى عليه السلام عن الكالي بالكالي وان كان
عينا فان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل
فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس
المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح
السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه
مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد
بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق
وراس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم
اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة

على تحصيله

على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم
في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه
ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس المال
قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بيناه وهذا لان الدين لا يتعين في
البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع
فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل
القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان
المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية
لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال
شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ
ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع
جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه
دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه
خلاف زفر والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى
المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء وان امره بان يقبضه له
ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط
الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا
هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق
وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم
خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا
فامره بقبضه له جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظة الاعارة وكان
المردود عين الماخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع صفقتان قال ومن اسلم في كر فامر
رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن
قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين
دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها
فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم
يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسالة بحالها صار قابضا لان
الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان
الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه

في البحر في السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن
عليه لما قلنا وكذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه ناب عنه في الكيل
والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع
ففعل لم يصر قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر
في يده فكذا ما يقع فيه فصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع
لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا وإذا اجتمع العين مع الدين
والغرائر للمشتري إن بدأ بالعين صار قابضا أما العين فلصحة الأمر فيه وأما الدين
فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في
أرضه وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار وإن بدأ
بالدين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الأمر وأما العين فلأنه خلطه بملكه
قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي
من جهته لجواز أن يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض
البيع وإن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن
أسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري
فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لأن صحة الإقالة
تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه
فصحت الإقالة حال بقائه وإذا جاز ابتداء أولى أن يبقى انتهاء لأن البقاء
أسهل وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز
فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية بألف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري
بطلت الإقالة ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأن المعقود عليه في
البيع إنما هو الجارية ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء
لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك
أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه قال ومن أسلم إلى رجل دراهم في كر
حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول
قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس
المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله
لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر
الصحة وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب
السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقا له

وهو الأجل

وهو الأجل والفساد بعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في
رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لأنه
ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب
شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف
الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة وعند أبي حنيفة رحمه الله
القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على
الصحة ظاهرا بخلاف مسألة المضاربة لأنه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي
مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه
تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد
فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة قال ويجوز السلم في
الثياب إذا بين طولا وعرضا ورقعة لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم على
ما ذكرنا وإن كان ثوب حرير فلا بد من بيان وزنه لأنه مقصود فيه ولا يجوز
السلم في الجواهر ولا في الخرز لأن آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ
التي تباع وزنا يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا
سمى ملبنا معلوما لأنه عددي متقارب لا سيما إذا سمي الملبن قال وكل ما أمكن
ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لأنه لا يفضي إلى المنازعة وما لا يضبط
صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لأنه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا
جهالة تفضي إلى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان
يعرف لاجتماع شرائط السلم وإن كان لا يعرف فلا خير فيه لأنه دين مجهول قال
وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا للإجماع الثابت بالتعامل
وفي القياس لا يجوز لأنه بيع معدوم والصحيح أنه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد
يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من
صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ولا يتعين إلا بالاختيار حتى لو باعه
الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار إن شاء
أخذه وإن شاء تركه لأنه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره
في المبسوط وهو الأصح وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له الخيار أيضا لأنه لا يمكنه تسليم المعقود
عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا خيار لهما أما الصانع
فلما ذكرنا وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرارا بالصانع لأنه لا يشتريه
غيره بمثله ولا يجوز فيما لا يتعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل إنما

يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل
فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما
بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل
على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم
الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي
تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى **مسائل منثورة**
قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن
ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي لا يجوز بيع
الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر
بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع
الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان
مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية فانه لا ينتفع بها والحديث محمول على
الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول
دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم
بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة
في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين
ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم
على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانه
اموال في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه
ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان
بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز وياخذ
الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز
البيع بالالف ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا
وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رح لانه تغيير للعقد من وصف مشروع
الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها
شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل
الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها
فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى
زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في

الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله
وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر
بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير
قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البائع
البينة انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين
البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري
وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره
فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه فاذا تعذر استيفاؤه من المشتري
يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم
يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك
للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين
فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا حضر الاخر لم ياخذ
نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رحمه
اذا دفع الحاضر الثمن لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه
لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه
ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان المبيع
صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا
كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا
قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة
فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد
خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب
والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه
اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له
على اخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت
فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع
بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب
ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما
انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء
ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا

بأن يجب ضمان الأصل لأنه يجب له عليه لا نظير له وإذا فرخ طير في أرض رجل
فهو لمن أخذه وكذا إذا باض فيها وكذا إذا تكنس فيها ظبي لأنه مباح سبقت يده
إليه ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه وكذا البيض
أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيّه وصاحب الأرض لم يعد
أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما إذا دخل الصيد داره أو وقع
ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه وكان مستعدا له بخلاف
ما إذا عسل النحل في أرضه لأنه عدّ من أنزاله فيملكه تبعا لأرضه كالشجر
النابت فيه والتراب المجتمع في أرضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان سمي به للحاجة إلى
النقل في بدليه من يد إلى يد والصرف هو النقل والرد لغة أو لأنه لا يطلب
منه إلا الزيادة إذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه
سميت العبادة النافلة صرفا قال فإن باع فضة بفضة أو ذهبا
بذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل وإن اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام
الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث
وقال جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه قال ولا بد من قبض العوضين قبل
الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته
فلا تنظره ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من
قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولأن أحدهما ليس بأولى من
الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب
أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا ولأنه إن كان يتعين
ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في
الربوا والمراد منه الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا يمشيان معا في جهة واحدة
أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وإن وثب
من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرنا في قبض رأس مال السلم بخلاف
خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل
لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا إلا هاء وهاء
وإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات
الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل لأن بأحدهما لا يبقى
القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق إلا إذا أسقط الخيار في المجلس

فيعود

فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره ولا يجوز التصرف قبل قبضه حتى لو باع
دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في
الثوب فاسد لأن القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته
وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لأن الدراهم لا تتعين
فينصرف العقد إلى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لأن
البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم
الأولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن
يكون متعينا كما في المسلم فيه قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة
لأن المساواة غير مشروطة فيه لكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف
بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها
ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال
فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لأن
قبض حصة الطوق واجب في المجلس والظاهر منه الإتيان بالواجب وكذا
لو اشتراها بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقدا فالنقد ثمن الطوق لأن
الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز
هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما
ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وإن
لم يبين ذلك لما بيناه وكذلك إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لأن
الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل
العقد في الحلية لأنه صرف فيها وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر
لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في
السقف وإن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية
لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا إذا كانت الفضة
المفردة أزيد مما فيه فإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز
البيع للربوا أو لاحتماله وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال ومن
باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض
وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركا بينهما لأنه صرف كله فصح فيما
وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق

ف

فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء
رده لان الشركة عيب في الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ
ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم
ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وعلى
هذا الخلاف اذا باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير لهما ان في الصرف
الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على
الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى
قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب
وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد اخر بالف
وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا
اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه
الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم افترقا من غير قبض
فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة
المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل
عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك
في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين
غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف مسألة المرابحة لانه يصير تولية
في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسألة الثانية غير متعين
لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف
العقد الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد
صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما
بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم
لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك
فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة
بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة
وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا
اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على اخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه
العشرة دينارا بالعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة
فهو جائز ومعنى المسألة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن

القلب بالضم وسكون اللام بلازك سوار

يجب

يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد
لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ
لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة
بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا
تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر رح يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء
وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه
انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز
قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة
ما يرده بيت المال وياخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف
من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة
واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل
ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا
في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن
قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه
فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء فان كان الغالب عليهما الغش
فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة
فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا
للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في
المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في
الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك
في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب
الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان
كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر
هو المعتاد فيها اذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين
بالتعيين وان كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كانت يتقبلها البعض
دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان
البائع يعلم بحالها لتحقق الرضاء منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم
الرضاء منه واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل
البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح قيمتها يوم البيع وقال محمد رح قيمتها آخر ما تعامل

الناس بها كما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد
كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد يجب القيمة لكن عند ابي يوسف رحمه الله يوم البيع
لانه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رحمه الله
ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل
واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد
قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان
لم يتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى
يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت
بطل البيع عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو نظير الذي بيناه ولو استقرض فلوسا
فكسدت عند ابي حنيفة عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه
اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر
ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف
يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب
مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله انظر وقول ابي يوسف رحمه الله ايسر قال ومن اشترى
شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا
اذا قال بدانق فلوس وبقيراط فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك
لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان
عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس
والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذا
عند ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم
من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة
بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا
وقول ابي يوسف اصح سيما في ديارنا قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني
بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي
عندهما لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة
ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لان الصفقة متحدة
والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما
لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم
بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة

الفلس بالفتح والضم ... فلوس وافلس ... اذا صار ... ذا فلوس الحقير

الاختلاف

الدانق بكسر النون وفتحها ... قيراط ودرهم ... دانق ... حبتان ... حبة ... حبتان ...

بمثله

بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسألة
الثانية

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا
ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح قال
الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة
والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر
على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له
ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة
بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه
او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى
الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان
او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه
الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا
اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة
لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت
بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق
اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال على
لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه السلام
ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة
هي الكفالة وقد روينا فيه الحديث والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك
قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة
قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره
اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم
لامتناعه عن ايفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى
ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت
ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان
يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة
لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة
واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود
وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار

فكان التسليم مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل
المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر
غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما
لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب
لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل
بالنفس عن الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط
الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول
بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات
المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام
الميت قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء
فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه
ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به
نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالحضور فكان له ولاية الدفع وكذا اذا
سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه قال فان تكفل بنفسه على
انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك
الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا
التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب
المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال
الشافعي لا يصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع
ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق
الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق
بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه
المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ومن
ادعى على آخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه
ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه
علق مالا مطلقا بخطر الا ترى انه لم ينسبه الى ما عليه فلا تصح الكفالة على هذا
الوجه وان بينها ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس
واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف

ما اذا بين

ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال
في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان
باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال
ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله معناه
لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص
لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق
بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق
كما في التعزير ولو سمحت نفسه به تصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه
لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال
ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه
القاضي لان الحبس للتهمة هنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما
العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه
فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في كتاب ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في
الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال
والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء
فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه
ثم ذهب واخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة
وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان
واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا
صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في
هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك
اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية
والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة
وسياتيك في موضعه ان شاء الله تعالى والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي
عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة
وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد
حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو
طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم

بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه
فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك فوضح الفرق
قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي
او ما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به
حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه
يصح تعليقه بشرط ملائم له مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا
استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول
عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في
معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء
المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان
الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق
فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان
الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم
البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة
فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار
على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها قال ويجوز
الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة
وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت
الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى
دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع
بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك
الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا
ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع
بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء بخلاف ما اذا صالح
الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ
الكفيل قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه
لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه
انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول
عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته

ملائمة الشرط باحد ثلثة بان يكون سببا للزوم
الحق وهو الذي عبر عنه المص بان يكون شرطا
لوجوب [illegible] او بان يكون سببا لامكان
الاستيفاء [illegible]
والشرط الغير الملائم [illegible]
[illegible]
قاله في فتح القدير

فيعامله بمثله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة
الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ
الاصيل لان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر
الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي
عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل
بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال
وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا بخلافه فان صالح الكفيل رب
المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف
الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة
الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة
ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس اخر لانه مبادلة فيملكه
فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل
لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت
الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه ضمن له بامره لان البراءة التي
ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع وان
قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك
بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد هو مثل الثاني
لانه يحتمل البراءة بالاداء والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك
وقال ابو يوسف هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه
الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا ان كان الطالب حاضرا يرجع
في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من
معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون
الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن
الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح
الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لانه يتعذر
ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري
بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه
عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح
عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا

والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان
امانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم
المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستأجر الى
المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت
بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة
لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له
رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اخرا يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط
في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف
التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في
الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم
بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة
واحدة وهو ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فتكفل به مع
غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول
لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته
اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا
اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في
هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ
فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء
لم تصح عند ابي حنيفة وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق
الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان
يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل
حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد
عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد
قيام الدين واذا كان له كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق
قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه
صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه
الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعي
ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة

(هامش: فيستبد الملتزم اي ينفرد الملتزم التفرد)

لانه تمحض

لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه
اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له حق
الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه
اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ
الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه ملكه الا ان فيه نوع خبث
نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت
الكفالة بكر حنطة فقبضها فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده
على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع
الصغير وقال ابو يوسف ومحمد هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه
وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه
تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه
رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا
الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية
لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قال ومن كفل عن
رجل بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل
والربح الذي ربحه البايع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض
من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشرة
مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به
لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض
عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري
نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير
متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء
للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد قال ومن كفل عن رجل
بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على
الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به
وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء
او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى
مطلق عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه
بامره فانه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير

(هامش: بيع العينة)

امره يقضي على الكفيل خاصة وانما يقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما متغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالاخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه وفي الكفالة بغير امر لا تمس جانبه لانه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يتكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع وهو باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان يغيره حكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذلك رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة له الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال ومن ضمن عن اخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا يؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الشيخ الامام علي البزدوي واما القسمة فقد قيل النوائب بعينها او حصة

منها او رواتبه باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لاخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الاول بالثاني وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الثاني بالاول والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل قال ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة فهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فيصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف فكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما اصيل في النصف وكفيل في النصف الاخر ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون كفالة بالكل عن الاصيل وبالكل

عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة
فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه
واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح
للبعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه فلا يؤدي الى الدور لان قضيته
الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان
على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على
المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال واذا ابرأ رب المال احدهما
اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على
الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا ولهذا يأخذه به واذا افترق المتفاوضان
فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما
كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر
من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة
واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما يرجع على صاحبه
بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما
اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا
بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك
فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق
المساواة ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته
ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق
وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل
برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق
استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى ان يأخذ بحصته
الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق
رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق
بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه
حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب
وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض
بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف
الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان

على البعض م

فلا يتنقض برجوع الآخر عليه ح

الطالب

الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه ومن ادعى على
عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا
كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام
المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها
قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل
فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق
فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه
وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته
بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد تصح على كل حال له انه تحقق
الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها
وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد
على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا تجوز
الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق
صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا في ذمة الكفيل
واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان فيه شرط الاتحاد وبدل السعاية كمال
الكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

وهي جائزة
بالديون قال عليه السلام من احيل على مليء فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح
كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في
الدين لا في العين قال وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال
فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما
المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح
بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في
حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا
تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة
اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس
والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية
على وفاق المعاني اللغوية ومعنى التوثق فيه باختيار الاملى والاحسن
في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى
فلم يكن متبرعا قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان

الوجه ١٢

وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد وكذا ان كانت مقيدة بسلامة
حقه له اذ هو المقصود او بفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة
في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له
عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة
وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء
على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورايح قال
واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم
يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره
الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر فالقول للمنكر والحوالة لا تكون اقرارا منه بالدين عليه
لانها قد تكون بدونه قال واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال المحيل انما احلتك
لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان
المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول
قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز
لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء
الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا
فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك
المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان
اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبة به فيأخذه منه لبطلت
الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا يبطل
الحوالة باخذ ما عليه او عنده ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض
سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
قرض جر نفعا **كتاب ادب القاضي** قال ولا يصح ولاية القاضي حتى
يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان
حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية
فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة
يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي
ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل
جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل
وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا وقال الشافعي الفاسق لا يجوز قضاؤه

قوله لان مال الله تعالى غاد اي جاء ورايح اي ذاهب

كما لا يقبل

كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه
وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل
بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها وهل يصلح مفتيا قيل لا
لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل
الجهد حذار النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية
فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الامر بالقضاء
يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره
ومقصود القضاء وهو ايصال الحق الى مستحقه يحصل به وروي انه عليه السلام قلد عليا قضاء اليمن قبل
ان يبلغ حد الاجتهاد وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام
من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة
المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب
حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث
لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف بها
عادة الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها قال ولا بأس بالدخول في القضاء
لمن يثق بنفسه انه يؤدي حقيقة فرضه لان الصحابة تقلدوه وكفى بهم قدوة
ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف
العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره
بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين
والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ
ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو اهلا
للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء
للعالم عن الفساد قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام
من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده
ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم
ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة
تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه
من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود
لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضاء يسأل
عن ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرايط التي فيها السجلات وغيرها لانها

خلاصه يصلح ان يكون مفتيا [illegible]

يوفق

وختمت عليها ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان
البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها
في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه
اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه
ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا تشتبه على
المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في حال المحبوسين لانه
نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول
المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست
بحجة لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى
ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا
يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل به على
ما يقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول
لما بينا الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله
فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في
يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي يقول
هو لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا
في المسجد كيلا تشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه
اشهر وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك
وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عم انما بنيت
المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله عم يفصل الخصومة في معتكفه
والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان
القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في
اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي
اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت
الخصومة في دابة ولو جلس في داره لا بأس ويأذن للناس في الدخول فيها
ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال
ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته
لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة
وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للغريب خصومة لا يقبل

ترتيبا

ثم يقضي قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي صح

هديته

هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه
ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم
بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد
انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي
لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم
على المسلم قال عم للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف
احد الخصمين دون خصمه لان النبي عم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة واذا حضرا
سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم
في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه
حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه
يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء قال
ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا
اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رح في غير موضع
التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة
الاشخاص والتكفيل

فصل في الحبس

قال واذا ثبت الحق عند القاضي
وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس
جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم
يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال
فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت
لظهور المطل بانكاره قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل
في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده
ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر
على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال
اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون
القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه في
جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي
النفقة القول للزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان
تؤيدان القولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل
هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رح ضمان

الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه قال يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه والحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثاني عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر قال في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي وعنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحد والقصاص قال الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان

باب كتاب القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف بالتحديد فيه ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب

الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف قال واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل

آخر ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء

ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني واجاز الاول جاز كما في الوكالة
وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه ويصير الثاني
نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه
الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي
الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض اخر يرى
غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره
لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاجتهاد الاول باتصال القضاء به
فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ
عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين
وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه
ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجمع عليه الجمهور
لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في
الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك
عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي
مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح قال
ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز
لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة و
ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه
وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار
وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف رح ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او
بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان ما يدعي على الغائب سببا
لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر في
جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب
ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على
الاستخراج والكتابة ليحفظه ولو اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب
بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم الرجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه
عليهما قال وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط
اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق

رجع الى الاول

كقول ابن عباس في ربو النسيئة فانهم اجمعوا على حرمة بيع الدرهم بالدرهمين فلو قضى القاضي بقوله لا ينفذ مبسوط خواهرزاده

والصبي

والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب
ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد
من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما
واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه
على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز
التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة
قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو
صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكماه
في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم لعدم
التحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله يرده القاضي ويقضي بالدية
على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل باقراره
لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار
لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين وبعدالة الشهود و
هما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء
الولاية وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء
لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم
بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء
ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي

مسائل شتى من كتاب القضاء

واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل
ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح ومعناه بغير رضا صاحب
العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو
ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح فلا خلاف وقيل
الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق
والحرمة بعارض الضرر واذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه
تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق
بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من
توهين بناء او نقضه فيمنع عنه قال واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها
زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا
في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا

ح

والانكار

حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها
حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح
ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه
عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب قال وان كانت مستديرة
قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة
مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى في دار
دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على
الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على
معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة على
ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال
جحدني الهبة فاشتريتها واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه
الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به
قبلها ولو شهدوا به بعده تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام
البينة على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره
في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء
رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها
ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة
وسعه ان يطاها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما
اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان
لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه
ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه قال
ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض
النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم
الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص
بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه
او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة
كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به
فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوق
ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء

ثم قال

ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول
وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف
ما اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما
لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد
برد الاقرار فافترقا قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء
قط فاقام البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك
على الابراء وقال زفر لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون
مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرا منه الا
ترى انه يقال قضي باطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال
ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط
ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه
لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة
وذكر القدوري انه يقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب
على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن
التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط واقام
البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه
من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا
وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره
فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى
وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق
فهو ولي ما فيه ان شاء الله او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه
ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان شاء الله هو على الخلاص
وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء
يصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد
وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة
مثل قوله عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك فرجة
قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت **فصل في القضاء بالمواريث**
قال واذا مات نصراني فجاءت امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت
الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر القول قولها

لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في
الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع
وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته
وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعده فالقول لهم ايضا ولا يحكم
الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون
ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا قال ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم
وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر
ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة
بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر
بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا
كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون
تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه فلو قال المودع لآخر
هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح
اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح كما
اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فيصح
وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ
منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث
بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب
والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت يقع بغتة
فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب
النفقة من ماله ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق
موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين
على العبد حين يباع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل
لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم اما الآبق
واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة
او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله
ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب
لا كما ظنه البعض قال وان كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان اباه

مات وتركها

مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف
الآخر في يد الذي هو في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان
كان الذي هي في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده
لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء
للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان
مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة
الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه
بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة
بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا
حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول
ابي حنيفة رح فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة
والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج
الى اعادة البينة ويسلم اليه النصف بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب
خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه
انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف
الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي
الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق
الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون
اليد فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه
الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل
وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر
بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية
اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام
الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء
فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة
اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده وعند محمد رح لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة
المؤنة راجحة عنده ولا تدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه
صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب
الشرع وهو مختص بلفظ المال ولا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح

انهما سواء لان الملتزم بالالتقاط الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن مال سوى
ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بمثل
ما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر لاختلاف احوال الناس وقيل
المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضيعة لسنة على حسب
التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر
ما يرجع اليه ماله قال ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة
فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف انه لا يجوز
في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله
وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى
زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة
انابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف
لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس
بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام قال ولا يكون النهي عن الوكالة
حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول
سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة
من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف
رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف
اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا قال واذا
باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان
امين القاضي قائم مقامه والقاضي قائم مقام الامام وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا
يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان
البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد
محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم
استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه
عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه
بنفسه قال ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع
الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه
لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة
دين كان العاقد عاملا له **فصل آخر** واذا قال القاضي قد قضيت

على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل
وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا يؤخذ بقوله حتى يعاين الحجة لان قوله يحتمل
الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن
المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي للحاجة
اليه ووجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة
اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور ان كان عدلا عالما
يقبل فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او
عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة قال واذا
عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها
عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت
بقطع يدك في حق اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل ذلك
وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا
له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق
ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع والآخذ بما اقر القاضي لا يضمن ايضا لانه
فعله في حالة القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع
يده والمأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو
الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت
او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع والآخذ في هذا
الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع
الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله
في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي
والمأخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير
قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة
وقول المعزول فيه ليس بحجة **كتاب الشهادات** الشهادة فرض تلزم الشهود
ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله
تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي
لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يخير فيها
الشاهد في الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك
قال والستر افضل لقوله عم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك

ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانتفاء تهمة الخطاء والخيانة

وقال عم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء
عن النبي عم والصحابة رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان
يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق
محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة وجب القطع والضمان لا يجامع القطع
فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر
فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة
النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله والخليفتين من بعده
ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية
لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة
ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى
ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق
مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال
الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان
الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها
لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن
الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق
بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية
الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني
يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان
الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة
فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم
قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة
والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عم
شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به
الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت
الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى
والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق

واما حكم

واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لانها
تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة وان
قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع
واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة في حق الارث لانه مما يطلع عليه
الرجال الا في حق الصلوة لانه من امور الدين وعندهما يقبل في حق الارث ايضا
لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة
قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة
الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من
الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق
لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان
وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب
لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا و
المسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها
اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ
اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله
اشارة الى جميع ما تقدم لان يكون اشتراطها بتلك اللفظة صريحا حتى
يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه
شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام
قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن
الخصم لقوله عم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل
ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر
كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه
يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان
طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا بد من ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء
مبني على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة الظاهرة وفيه صون قضائه
عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية
في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل
كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل

كفاية

المستورة هي الصحيفة المكتوب فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومحلته ومصلاه وانما سميت مستورة لانها تبعث مستورة شرح
والحلى هو احمر وابيض واسود والمصلى المسجد الذي يصلي فيه

الشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع
الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة
ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله
هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال وفي قول من رأى ان يسأل عن
الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد
انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه
الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره
فلا يصلح معدلا وموضوع المسألة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما اذا
قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول القاضي الذي
يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي
والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تنبني
على ظهور العدالة وهي بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط
الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه
لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها
ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية
العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء
وقالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد

فصل

وما يتحمله الشاهد
على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم
فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو
الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم
يعلمون وقال عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول الشاهد
اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له
ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل
البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك
غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا
يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء
لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها
وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا

هو عدل

لو سمعه

لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل
غيره قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة
لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل له
ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في
ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة
والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى
هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به
انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه
الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد
بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز لان الشهادة
مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان
ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام
تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى
الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل واحد وانما يجوز
للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به
كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان
ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قل ما
يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط
العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة
اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد
في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا يقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء
يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة
يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى
عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى
لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار
التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة
النسب وعن محمد انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء
يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه واما الوقف فالصحيح
انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر

قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له لأن اليد أقصى
ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفى بها وعن
أبي يوسف رح أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له قالوا ويحتمل أن يكون
هذا تفسير الإطلاق في قول محمد رح في الرواية وقال الشافعي رح دليل الملك
اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لأن اليد متنوعة إلى نيابة وملك
قلنا والتصرف يتنوع أيضا إلى نيابة وأصالة ثم إن عاين المالك والملك حل له
أن يشهد وكذا إذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لأن النسب يثبت
بالتسامع وإن لم يعاينهما أو عاين المالك دون الملك لا يحل وأما العبد والأمة
إن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه وإن كان لا يعرف
أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك لأنه لا يد لهما
وإن كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لأن لهما يدا على أنفسهما فيدفع يد
الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن أبي حنيفة رح أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا
اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال ولا يقبل شهادة الأعمى وقال زفر رح وهو رواية عن أبي حنيفة رح أنه يقبل فيما
يجري فيه التسامع لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف رح والشافعي
يجوز إن كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والأداء يختص بالقول ولسانه
غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا أن الأداء
يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة
وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر
وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رح لأن قيام
الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما إذا خرس أو
جن أو فسق بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لأن الأهلية بالموت انتهت وبالغيبة
ما بطلت قال ولا المملوك لأن الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فأولى أن
لا يثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف وإن تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا
لهم شهادة أبدا ولأنه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كأصله بخلاف المحدود
في غير القذف لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رح تقبل إذا تاب
لقوله تعالى إلا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء منصرف إلى ما يليه وهو
قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في
قذف ثم أسلم تقبل شهادته لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالإسلام

حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلا
فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده
ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده والأصل فيه قوله عم لا تقبل شهادة الولد
لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده
ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره ولأن المنافع بين الأولاد والآباء
متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكوة إليهم فيكون شهادة لنفسه من وجه
أو تتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص
الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عم
لا شهادة للقانع بأهل البيت وقيل المراد الأجير مسانهة أو مشاهرة
فيستوجب الأجرة بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قال ولا
تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر وقال الشافعي رح تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة
والأيدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من
النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولأن
الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما
بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى
لعبده لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه
إذا كان عليه دين لأن الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا
شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما
ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الأخ لأخيه
وعمه لانعدام التهمة لأن الأملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم
في مال بعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الأفعال
لأنه فاسق فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال ولا
نائحة ولا مغنية لأنهما ترتكبان محرما فإنه عم نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة
والمغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب
بالطيور لأنه يورث غفلة ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير
طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني قال ولا من يغني للناس
لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق به
الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام من غير مئزر لأن كشف العورة حرام قال
أو يأكل الربوا أو المقامر بالنرد أو الشطرنج لأن كل ذلك من الكبائر وكذلك من يقوته

الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد
فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجوا
عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل افعال المستحقرة
كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحي
عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور
فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رح
لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا
تدينه به فيمتنع عن الكذب وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا
مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة الروافض
يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة
فتمكن التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على البعض وان
اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون
هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار
كالمرتد ولنا ما روي عن النبي عم انه اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه
من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه
والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب
محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه
لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان
اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به
والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى منه وتقبل
شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين بعضهم
على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا
تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من
اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل
يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة
اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية
لا تنقدح به العدالة المشروطة ولا ترد الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل
سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا
اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي لان عمر رضي الله عنه

قبل

قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال
وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال مالك لا يقبل
في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه
والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة
الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة
المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل
اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رح
في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستاجر على
الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي
فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى
هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او
شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس ان هذه شهادة
للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي
اذا كان طالب والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان
يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي
نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف
الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين
للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على
انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض
ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب
الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة
قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت
الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر
واجب الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال
ولو اقام رجل اي المدعا عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه
شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته
حتى لو اقام المدعا عليه البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة
واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم
يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال

ودفعه اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال
ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف
او شريك المدعي تقبل لانه تعلق به تمام الحد وهو رد الشهادة وكذا اذا اشهدوا انه قذف
فلانا والمقذوف يدعيه لتعلق الحد به وكذا اذا اقام البينة ان الشهود زنوا او شربوا
الخمر او سكروا من النبيذ اذا لم يتقادم العهد لانهم يحدون وكذا اذا اقام البينة انهم
عبيد او احدهم عبد او شريك المدعي والمدعى مال لان الرق ينافي اهلية الشهادة
راسا وكذا الشركة لانه دعوى فيكون دفعا وكذا المحدود في القذف على اصله
بخلاف ما اذا اشهدوا انهم فسقة او زناة او اكلة الربوا لان الفسق لا ينافي اهلية الشهادة
وكذا لا يدخل تحت الحكم على ما ذكرنا بالسماع الا عند الضرورة ثم يثبت الجرح في
ضمنه على ما مر بخلاف المحدود في القذف لان الاظهار حصل بالقضاء او بشهود القذف
وبخلاف ما اذا اشهدوا على اقرار المدعي ان الشهود كذلك لانهم ما اظهروا الفاحشة
بل شهدوا على اظهار غيره فلا يوجب ذلك تفسيقهم ولان فيه سد قبول الشهادة
لان الانسان لا يعرى عن نوع فسق فيتخذ خصمه على تحقيق شهوده بخلاف المحدود
في القذف لانه نادر اذ لا بد من بيان من حده من قضاة الامصار وذلك على ما يعرفون
الجانبين فصلا من الجانب. قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي
فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان
يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة
مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف
ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس
وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار
ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او
في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام
اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد
ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان
عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة
اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في
حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما
يخالفها ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهد احدهما
بالالف والآخر بالالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان

المدعي

المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة
والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة
فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف وخمسمائة
ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ
وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل
على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال قال واذا شهد
احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة
على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة
جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة
والطلقة والنصف والمائة والمائة وخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه
ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين فان قال المدعي لم يكن
لي الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي
في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر
فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت
خمسمائة او ابراته عنها قبلت قال واذا شهدا بالف وقال احدهما
قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه
لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رح انه يقضي بخمسمائة
لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا
قال وينبغي للشاهد اذا علم ذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض
خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض
الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاه فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما
عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل
وهو قول زفر رح لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير
المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان
انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند
الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احداهما كاذبة وليست احداهما باولى من الاخرى
فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى
ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال واذا شهدا على رجل
انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة والآخر ثورا لم يقطع

وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف
في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في
جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل
نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة
والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان
او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب اخر وهذا الاخر
يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة
لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل
انه اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة
باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به
ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي
هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذا الكتابة
لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق
لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح
عن دم العمد ان كان المدعي هو المرأة او العبد او القاتل لان المقصود اثبات العقد
والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى من الجانب الاخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما
ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي
الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل لانه لا حظ له في الرهن
فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة
ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو
دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز بالالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد هذا باطل
في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف
في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح
تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا
وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين
او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي
هو الزوج اجماع انه لا تقبل لان المقصود قد يكون المال ومقصودها ليس الا العقد وقيل
الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرنا **فصل في الشهادة على الارث**
قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي في يده فانه ياخذها

ولا يكلف

ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى به
للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به
للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء
في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد
من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت
الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت
الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة
مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل قال وان شهدوا انها كانت في
يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد
ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة
على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ
اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رح انه تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا
انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه
الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي
متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك
لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب
الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال
وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع
صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه
لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم **باب الشهادة على الشهادة** قال
الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان
لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض
العوارض فلو لم تجز الشهادة على شهادته ادى الى اتواء الحقوق ولهذا
جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية
او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل
فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة
شاهدين وقال الشافعي رح لا تجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين
قائمان مقام واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا تجوز على شهادة

رجل لا تشهد في رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان رد شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان الماخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين

وهو

وهو شرط واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامراة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل

قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء

والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا
على المشهود عليه وان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان اخر كلامهم يناقض
اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح
الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوا بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم
بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله قال
ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة
من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية
فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى
المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى
رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال يقبل لان السبب
على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد تسببا للاتلاف تعديا وقال
الشافعي رح لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب
الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجا الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس
عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما
يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه
لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل
ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته
نصف الحق وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من
يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى
استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف المال
لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة
ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف
الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعت
ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان
عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي
ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة
خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن
وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي
حنيفة ان كل امراتين قامت مقام رجل واحد قال عم في نقصان عقلهن عدلت

شهادة

شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال
ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل عليهن نصف الحق على القولين لما
قلنا ولو شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان
الواحدة ليست بشهادة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد
شاهدان على امراة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا
اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف
لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها
تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذلك ان شهدا على رجل يتزوج
امراة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول
في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة
ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر
المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض قال وان شهدا
ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى
العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض
ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق
فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فاضيف التلف اليهم وان شهدا على
رجل انه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا
ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط
المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر
في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما قال
وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير
عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء
وان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي
يقتص منهم لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره
يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا
ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حيوته ظاهرا ولان الفعل الاختياري
مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت
مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة
في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا

لم تشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد
ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا
اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم
لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم
وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع
جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله
المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة
الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره فيتخير بينهما والجهتان
متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او
غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينقض بقولهم
ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وان
رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود
فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها
الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال
واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على
شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط
الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط
وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به
غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج
الى ان يوكل غيره فيكون سبيلا منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عم وكل بالشراء
حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر
الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح
ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا رضي الله عنه وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر
وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح
باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة
حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر
عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد
يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي

ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص
باقامة الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا
الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند
حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب
كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب
مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق
وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر
لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة
عدم الامر به قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان
يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل
من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في
اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل
بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس
متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد
المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الاخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب
غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد
السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المراة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور
مجلس الحاكم قال الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها
فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتاخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون
الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل
فلا بد من ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل
العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل
العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ
او الماذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان
وكلا صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز ولا يتعلق بهما
الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه
باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى
والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته
والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع

ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا
ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل
عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل
وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك
يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل هو
العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه
يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول
واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال في الكتاب يسلم
المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم
لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق
كالعبد يتهب ويصطاد وهو الصحيح قال رضي الله عنه في مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء
الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه
تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها
لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه
الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب
لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا
والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي
هو جار مجرى البيع فهو مثل الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة و
والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض فانه يلاقي
محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة
والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة
فيه واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه
لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس
الثمن حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري
على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون
دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد لما انه يملك
الابراء عنهما عنده ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه
ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي
ما رأيت

ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة
تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي
اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى
الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر
لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان
بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكل
بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي
والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا ولو بين النوع او الثمن ولم
يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من
الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي
ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة
اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل
فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا
لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا
فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال
قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدابة والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا
سمى نوع الدابة بان قال حمارا او نحوه قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها
طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة
كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك
وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع
وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك
فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب
ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم
يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن
الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم
الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه
فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك
لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان
فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا معتبر

مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان
كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة
في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد
فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على
الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان
ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه
ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك
المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل
فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه
بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه
سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في
الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك
كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة
وضمان الغصب عند زفر لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه
لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد
ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وهنا لا ينفسخ
اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي
الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا
بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف
درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول
ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم
في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا
وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء
عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل
بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف
ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع
لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر قال ولو وكله
بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد
عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان

معناه يريد بضمونة الابتداء وانما صار مضمونا بالحبس لانه مضمون بالمبيع بخلاف البيع ... ابتداء الا بواسطة الحبس

الثمن سمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه
فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه
خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل
الاول لانه حضره رأيه ولم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه
فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه
بمال الموكل قال رحمه الله هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر
كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من
ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى
دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة
اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان
اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها
لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان
تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه وان
توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان كل احد
يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم
النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد
فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما
قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام
على هذه الوجوه قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات
عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه
الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استئنافه
وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو منكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين
يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا
ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك
عند ابي يوسف ومحمد رحمه الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه
وعند ابي حنيفة القول قول الآمر لانه موضع التهمة بان اشتراه لنفسه فاذا
رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه
فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم
اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا

الجواب مطلقا لا تفصيل فيه

بالاجماع لانه اخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك
شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير العين على ما ذكرناه
لابي حنيفة رح ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان
امره فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار
اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له لان الاقرار يرتد برده قال الا ان يسلمه
المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره
بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه
البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام
التراضي وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما
ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع
بينهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو
امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة
او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء
فيتقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها
موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت
فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء
الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام
الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رح ان اشترى احدهما باكثر من نصف
الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز
لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من
الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن له على
آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين
البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان امره ان يشتري بها
عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من قبل ان يقبضه الآمر مات من مال
المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح
هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف
ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا
الا يرى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار
الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده

ولابي حنيفة رح انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو قيد الوكالة بالعين منها
او بالدين منها ثم استهلكت العين او اسقط الدين بطلت الوكالة واذا
تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون ان يوكله
بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا
بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك
من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه
وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم
يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه
لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية
فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف
فالقول قول المأمور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد
ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو منكر فان كانت
تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي
خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا فيضمن قال وان لم يكن دفع اليه الالف
فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت
قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة
البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ
العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور قال ولو امره ان يشتري له
هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال
المأمور بالف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف
ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى
هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين
التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي
عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام
ابي منصور رح وهو اظهر

الماتريدي

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال واذا قال
العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بالف ودفعها اليه فان قال الرجل
للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا الوجه فهو حر والولاء للمولى لان
بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل و
المأمور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه

وإذا كان اعتاقا فالعقب للولاء، وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ
حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد
نفسه لأن المجاز فيه متعين وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف
للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمنا للعبد فإنه في ذمته حيث
لم يصح الأداء، بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن
العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما
أحدهما ههنا إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه
لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك
من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لأن العبد
يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث
إنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فإذا أضافه إلى
الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وإن عقد لنفسه فهو حر لأنه إعتاق
وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وإن كان وكيلا بشراء شيء معين
ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم
يقل لفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى
التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن
يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم
بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك
متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى
وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله أن مواضع التهمة
مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة
ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والإجارة والصرف
على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي ح
وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير
لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد
بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء
الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه و
هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق
اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصي وله أن التوكيل بالبيع مطلق

بمثل الثمن ح

فيجري

فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة
الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة على ما هو
المروي عنه وأنه بيع من كل وجه حتى إن من حلف لا يبيع يحنث به غير
أن الأب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه
والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال
والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز
بما لا يتغابن الناس في مثله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم
يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على
الآمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه وكذلك الوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من
مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة
ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن فيه الناس
ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده ياز
ده وفي العقارات ده دوازده لأن التصرف يكثر وجوده في القسم الأول
ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال
وإذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة لأن اللفظ مطلق عن
قيد الافتراق والاجتماع ألا يرى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده
فإذا باع النصف به أولى وقالا لا يجوز لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر
الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع
وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق فإذا
باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة وإذا لم يبع ظهر أنه لم
يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وإن وكله بشراء عبد فاشترى
نصفه فالشراء موقوف فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض
قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه
شقصا شقصا فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وسيلة فينفذ
على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لأبي حنيفة أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر
وآخر وهو أن الأمر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء
صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق قال ومن أمر رجلا
ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث
مثله بقضاء القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقراره فإنه يرده على الآمر لأن

التبرم هو الملول

لان القاضي يتيقن بحدوث العيب في يد البايع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج
وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث مثله في مدة
شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ
او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في
توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها للرد حتى لو كان القاضي عاين البيع
والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد
وخصومة قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان
البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار
عدم ممارسته المبيع فيلزم الآخر قال فان كان ذلك باقرار لزم المأمور لان
الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له
ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب
يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بايعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبايع
ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي
الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور في الحجة
لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره
يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات
ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم
الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا
قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني
ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة
على الاطلاق قال واذا اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول
المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة
المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في
نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق
بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة
الى اي اجل كان عند ابي حنيفة ره وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم
قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به
كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض
الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء

فيملكها

فيملكها بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يقبضه نيابة وقد انابه في قبض الدين
دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك
الموكل حجره عنه

فصل واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما
وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير
ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا
ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال الا ان
يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس
القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير
عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده او قضاء دين عليه
لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى
والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها
بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق
الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه
فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في
الآراء قال الا ان ياذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برأيك لاطلاق
التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك
الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموتهما وقد مر نظيره في ادب
القاضي قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود
حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم
يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه
لانه حضره رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج
فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن
لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار
المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه
رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال واذا زوج المكاتب او العبد او
الذمي ابنته وهي حرة صغيرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه
التصرف في مالها لان الكفر والرق يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق
لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى
لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق

ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض
إليهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله المرتد إذا قتل على ردته والحربي كذلك لأن الحربي
أبعد من الذمي فأولى أن يسلب الولاية وأما المرتد فتصرفه في ماله إن كان نافذا
عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك
باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل
وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل كان مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رح هو يقول رضي بخصومته والقبض
غير الخصومة ولم يرض به ولنا أن من ملك شيئا ملك إتمامه وتمام الخصومة
وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء
وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك
القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعا إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على
الوضع والفتوى على أن لا يملك قال فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان
إلا معا لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة
على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رح حتى لو أقيمت
عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو
رواية الحسن عن أبي حنيفة رح لأن القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال
يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاء بها ولأبي حنيفة رح أنه وكله بالتملك
لأن الديون تقضى بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء
لعين حقه من وجه فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء
والقسمة والرد بالعيب وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما
يكون خصما قبل الأخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء
وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها قال الوكيل
بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالإجماع لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة
فأشبه الرسول حتى أن من وكل وكيلا بقبض عبد له فأقام الذي هو في يده البينة أن
الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس أن يدفع
إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم حاضر فلم تعتبر وجه الاستحسان أنه خصم
في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقتصر يده حتى لو حضر الغائب يعاد
البينة في البيع وصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل
في قصر يده كذا هذا قال وكذا العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه إذا أقامت

المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل
في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال
وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ولا يجوز
عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا إلا أنه يخرج عن الوكالة
وقال أبو يوسف رح يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر
والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف رح أولا وهو القياس لأنه
مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء
لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار
وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها
الأهدى فالأهدى وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله
ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا وطريق المجاز موجود
على ما نبينه إن شاء الله فيصرف إليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الإقرار
فعن أبي يوسف رح أنه لا يصح لأنه لم يملكه وعن محمد رح أنه يصح لأن للتنصيص
زيادة دلالة على ملكه إياه وعند الإطلاق يحمل على الأولى وعنه أنه فصل
بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه
فبعد ذلك يقول أبو يوسف رح إن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص
بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه وهما يقولان إن التوكيل يتناول جوابا يسمى
خصومة حقيقة أو مجازا والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا إما لأنه خرج
في مقابلة الخصومة قال الله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها ومكروا ومكر الله
وجزاء السيئة لا يكون سيئة بل هو حكمة ولكن سمي سيئة لأنه خرج جزاء له أو لأنه
سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به
لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة حتى
لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضا وصار كالأب أو الوصي إذا أقر
في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما قال ومن كفل بمال عن رجل
فوكله صاحب المال بقبضه من الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبدا لأن الوكيل من
يعمل لغيره ولو صححناه صار عاملا لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن ولأن
قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ولو صححناها لا تقبل لكونه مبرئا نفسه
فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته
للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان

باطلا لما بيناه قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر
بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغائب
فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر
الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان
كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه
وان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو
مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال الا ان يكون ضمنه عند
الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى
حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم
لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم
رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفعه اليه رجاء الاجازة فاذا
انقطع رجاؤه رجع اليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا
اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان
المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء
الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض
ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة
فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقرار بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى
انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره فصدقه المودع امر
بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى
انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا
كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قال ومن وكل
وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال
اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر
الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل
لانه نائب قال وان وكله بالرد بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري
لم ترد عليه حتى يحلف بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد
ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ
ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري
عنده بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا

في الفصلين

في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح
عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان
حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم
ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل
بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا
استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في
قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان
يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة
الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن
قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل
اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من
مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره
للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده قال
وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان
التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر
وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة
الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعند
ابي حنيفة رح اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت
وقال محمد رح حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا
والحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا
وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما
عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته
او يحكم بلحاقه وقد مر في السير قال وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل
على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها
على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه
او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم
لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولا
فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع

او باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه
لا يصح امره بعد موته وجنونه وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان
يعود مسلما قال وهذا عند محمد رح فاما عند ابي يوسف رح فلا تعود الوكالة لمحمد رح ان
الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض
اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف رح
انها اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ
بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد
والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في
الظاهر وعن محمد رح انه تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى
الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل
باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة
وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكل باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه
او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزوج امراة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكله
بطلاق فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها
بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى
لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت
بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة
وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف رح
انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل
وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال
بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في
الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال
الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعا عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة
الفرق بينهما من اهم ما تبتني عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات
المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق
الا بحجة كالخارج والمدعا عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل
المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعا عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رح في الاصل
المدعا عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق

بلغ

من اصحابنا

من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة
فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل
الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة
اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعا عليه كلف
احضارها ليشير اليها في الدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام
باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ
في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل
عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا
واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير
المدعا به معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة
العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة
قال فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعا عليه وانه يطالبه به لانه تعذر
التعريف بالاشارة لتعذر النقل فصار الى التحديد فان العقار يعرف به
ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد
لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل
مشهورا يكتفي بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافا لزفر رح
لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك
بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب
وذكر انه في يد المدعا عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي
العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعا عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه
الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في
يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان
المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا
بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب
ان يقول في يده بغير حق قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا
وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف
لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعا عليه عنها لينكشف له وجه الحكم
فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان
انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب

اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضي بها
لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا
ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا يرى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام باب
اليمين واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله
معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رحمه الله يستحلف لان اليمين حقه بالحديث
المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق في اليمين مرتب
على العجز عن اقامة البينة بما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة
حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكر الطحاوي
قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم
والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه
خلاف الشافعي رحمه الله قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج
اولى وقال الشافعي رحمه الله يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور
وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد والتدبير
ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا تثبته
بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه
وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها قال واذا نكل المدعى عليه
عن اليمين قضي عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يقضي به
بل ترد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضي به لان النكول يحتمل التورع عن
اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة
مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على
كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر
عن نفسه فيترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمنا قال وينبغي للقاضي
ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك
بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال واذا كرر
العرض عليه ثلث مرات قضي عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة
الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضي بالنكول بعد العرض
مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله
لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من
طرش وخرس هو الصحيح قال واذا كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر

الطرش بالفتح وفتح الراء اصاغر الصمم
صمم كبير وهو مولد بلغة الفارسي معرب

عند ابي حنيفة

عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق و
الاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وصورة الاستيلاد
ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى
ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار
لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه
والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ
بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل لان معه لا تبقى اليمين
واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل
لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف
الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون له بمنزلة الضيافة
اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل
معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن
ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع لا يثبت به
فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال واذا ادعت المرأة طلاقا
قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان
الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا
في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال
بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط
والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف
في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل
والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج
في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل
عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يقر
او يحلف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه الارش فيهما لان
النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا
اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولي يدعي
العمد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل
بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب عليه الضمان وهذا اعمال للبذل
الا انه لعدم الفائدة لا يباح وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع

وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان

لانه لا يلزمها

اليد للاكلة

اليد للاكراه وقلع السن للرجم واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس
كما في القسامة قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك
ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جايزة عندنا وقد مر من
قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي عليه
وليس فيه كثير ضرر بالمدعا عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى
حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشتغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة
ايام مروي عن ابي حنيفة هو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من
المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى
لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل
والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازمه مقدار مجلس القاضي
وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس والاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل
والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا
وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين

والاستحلاف قال واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عم من كان منكم حالفا
فليحلف بالله او ليذر وقال عم من حلف بغير الله فقد اشرك وتؤكد بذكر اوصافه
وذلك مثل قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي
يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي
ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان
ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة وان شاء
القاضي لا يغلظ فيقول بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ
على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق
ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف
بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية
على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى لقوله عم لابن صوريا
الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى عم ان حكم الزنا في
كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى عم والنصراني نبوة عيسى عم فيغلظ
على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار
وهكذا ذكر محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا
وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض

مشايخنا

مشايخنا لان ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين
لان كتب الله معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون
الله قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت
عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على
المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك
وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال ومن ادعى
انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه
ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف
في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه
قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم
في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي باين منك الساعة
بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف
على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعا عليه وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا
عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعا عليه ان انكر
السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل والحاصل هو الاصل عندهما
اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ
يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها
او ادعى شفعة بالجوار والمشتري ممن لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في
يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع
فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه يحلف على
السبب بالله ما اعتقه لانه لا يرتفع بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق
عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم
قال ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث
فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود
المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا فاذا امتنع صار باذلا
وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة
فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين
ابدا لانه اسقط حقه **باب التحالف** واذا اختلف المتبايعان

في البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع
وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضي له بها لأن في الجانب الآخر
مجرد الدعوى والبينة أقوى منها وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة
المثبتة للزيادة أولى لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان
الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى
في المبيع نظرا إلى زيادة الإثبات وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري
إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع وقيل للبائع
إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة وهذا
جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان فإن لم يتراضيا
استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض
على وفاق القياس لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي
وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فأما بعد
القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئا لأن المبيع سالم له بقي
دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه
بالنص وهو قوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا
وترادا ويبتدأ بيمين المشتري وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرا وهو رواية عن أبي حنيفة
وهو الصحيح لأن المشتري أشدهما إنكارا لأنه يطالب أولا بالثمن ولأنه
يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة
بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن وكان أبو يوسف يقول أولا يبتدأ بيمين
البائع لقوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر
وأقل فائدته التقديم وإن كان بيع عين بعين وثمن بثمن بدأ القاضي بيمين أيهما
شاء لاستوائهما وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف
المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي
تأكيدا والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت دل عليه
حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فإن حلفا فسخ
القاضي البيع بينهما وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف لأنه لم يثبت
ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة أو يقال
إذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع
قال وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلا فلم يبق دعواه

[هامش: وإلا فسخنا البيع]

[هامش: وفي الزيادات يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف صح]

معارضا

معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته قال وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء
بعض الثمن فلا تحالف بينهما لأن هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه
الاختلاف في الحط والإبراء وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف
الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في
جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف
ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه والقول
قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر
العوارض قال فإن هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
والقول للمشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول
الشافعي وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب
لهما أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد
دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة
ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه
سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه
يفضي إلى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه
ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وإنما يراعى من الفائدة
ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا إذا كان
الثمن دينا فإن كان عينا يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتتوفر
فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له
مثل قال وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة
إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري
مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له وقال أبو يوسف
يتحالفان في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما
ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف
عنده فهلاك البعض أولى ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر
بقدره ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم
لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولأنه لا يمكن التحالف في القائم
إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر
والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يترك

[هامش: بعد القبض بتصادقهما]

حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد
فينفسخ العقد وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما
ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من
ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به
المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري
لما انه التحالف لانه لما لم يأخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف
المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد ره ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا
على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري
برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف ره
والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه
دعوى البايع وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري
فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخ العقد في القائم ويسقط حصته
من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض
بان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبايع وايهما اقام البينة يقبل
بينته وان اقاماها فبينة البايع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى
عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك
عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة
الهالك فالقول قول البايع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي
زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكره فالقول قول المنكر وان
اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة
الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد
العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبايع منكر حقيقة وفي البينات
يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما
والبايع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر
وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا من قول ابي يوسف ره قال ومن اشترى جارية وقبضها
ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا
التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين
وانما اثبتناه بالقياس لان المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر
ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على

العين

العين فيما اذا استهلكه في يد البايع غير المشتري ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة
فلا تحالف عند ابي حنيفة ره وابي يوسف ره خلافا لمحمد ره لانه يرى النص معلولا
بعد القبض ايضا قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا
في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم
لا يحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان
رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم
لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما
قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت
تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان
اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان
مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة ره ولا يفسخ
النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح
لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر
فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما
قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر
قضي بما ادعت المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما
ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل
ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي
لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف
فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ره ومحمد ره تعجيلا
لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في
النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف ره فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا
العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة الا ان قيمة الجارية
اذا كانت مثل مهر مثلها يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا
يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل
استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل
لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة
قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة
قال فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة

وذلك لان كل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره اذ البيع يختلف باختلاف الثمن كافي

وان وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة
قبلت بينته ولو اقاماها فبينة المؤجر اولى وان كان الاختلاف في الاجرة وان
كان الاختلاف في المنافع فبينة المستأجر وان كان فيهما قبلت بينة كل
واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر
شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا
وكان القول قول المستأجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ظاهر لان هلاك
المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رح لان الهلاك انما لا يمنع
التحالف عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف
ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين
انه لا عقد فاذا امتنع التحالف فالقول قول المستأجر مع يمينه لانه هو
المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد
فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة
فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد عليه
دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف المولى والمكاتب
في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول
الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا
ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى
ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رح ان البدل مقابل بفك الحجر في
حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء
فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف
الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له
وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية
فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد
بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بينهما اذا كان الاختلاف
في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلف ورثته
مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا
الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي
للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد
الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة

مقام

مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة
وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء
لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة
الحياة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر
لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

واذا قال المدعى عليه
هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام
بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة
لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة
لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه
قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت
ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق
كما بينا من قبل ولا تندفع الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار
خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق
الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رح
ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع
عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه
ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله
ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون
المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو
اندفعت لتضرر المدعي وان قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه
فكذا الجواب عند محمد رح للوجه الثاني وعند ابي حنيفة رح تندفع لانه اثبت ببينته
ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف
الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر
بنفسه حيث نسي خصمه او اضر به شهوده وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى
وقد ذكرنا الاقوال الخمسة بتوفيق الله تعالى وان قال المدعى عليه ابتعته
من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك فقد اعترف بكونه خصما
وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد
البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف

دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي
اليد وتصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه
فلان واقام البينة لا تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وهو استحسان وقال
محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم
فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي
في يده الا انه لم يعينه درأ للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر عليه فصار
كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه فان قال
المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة
بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي
اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه
اثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

قال واذا ادعى اثنان
عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضى بها بينهما وقال الشافعي
في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة
اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار
الى القرعة لانه عم اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة
ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة
فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة
في كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد
فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما
يتنصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد نكاح امرأة
واقام بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الا
شتراك قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق
الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول
اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر
البينة قضى بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة
تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي له ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك
لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت
شهود الثاني سبقا لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في
يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال وان ادعى

اثنان

اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام البينة
فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك
لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين
اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما
لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن
فان قضى القاضي بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ
جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة
لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له
ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم ينفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة
ولم توجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظيره الاول تسليمه
بعد القضاء وان ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء
في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به فان وقتت احدهما ولم توقت
الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر
ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما
قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق
شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك و
كذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل
شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال فان ادعى احدهما شراء
والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء
اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك
بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض
لما بينا والهبة والقبض مع الصدقة والقبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما
في جهة التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في
الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان
الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع قال وان
ادعى احدهما الشراء من ذي اليد وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء
لاستوائهما في القوة فان كل واحد عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا
عند ابي يوسف وقال محمد الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل
بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته

بالبينة

النهاية
الحافظ

عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما البينة
فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن
لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون
وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من
الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك
معنى لا صورة فكان البيع اولى فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان
البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول
المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الاخر منه قال ولو ادعى الشراء
من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى
لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على
الشراء من اخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما
حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم
توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك
لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك
لم يتلق الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء
غيره ولو ادعى احدهم الشراء من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث
الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من اخر واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا
لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك
المطلق قال وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة
على ملك اقدم تاريخا منه كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو
رواية عن محمد رح وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على
مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة
قامت وهي مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت
فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى
هذا الخلاف اذا كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة
على ملك مطلق ووقتت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رح الخارج
اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى لانه اقدم
وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان
بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك

في التلقي

في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث
وهما سواء عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي
اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض
ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل
غير الاولية والترجيح باليقين كما لو ادعى الشراء ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضامه
احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف
الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ
قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى
لان البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد
باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان
ويترك في يده لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام
البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد نفسه لما ذكرنا ولو
اقام احدهما البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان
البينة قامت على اولية الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان
الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم
اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر
مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة
على النتاج تقبل بينته وينقض القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذلك النسج في الثياب
التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى
النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر
قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة
والحبوب وان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم
قضي به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج
فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك
وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان
يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له
ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الاخر ولا
تاريخ معهما تهاترت البينتان ويترك الدار في يد ذي اليد قال رضه وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قول محمد رح يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل

يعارضه

المرعزي [illegible]

بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لأن القبض دلالة
السبق على ما مر ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في
العقار عنده ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار
كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع فكذا ههنا ولأن السبب
يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق فبقي القضاء له
بمجرد السبب وإنه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف
قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وإن لم يشهدوا
على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله للوجوب عنده ولو شهد الفريقان
بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع لأن الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله لجواز كل واحد من
البيعين بخلاف الأول وإن وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت
الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع
قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى
للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وإن أثبتا قبضا يقضى
لصاحب اليد بالإجماع لأن البيعين جائزان على القولين وإن كان وقت
صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم
باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر قال وإن أقام أحد المدعيين
شاهدين والآخر أربعة فهما سواء لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة
الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال وإذا كانت
دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة
فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة رحمه الله
اعتبارا بطريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف
فسلم له واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما وقالا هي
بينهما أثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل
حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فيقسم أثلاثا ولهذه
المسألة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات ولو كانت
في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها لا على وجه القضاء ونصفها على وجه القضاء
لأنه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه
لأن مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف إليه دعواه كان
ظالما بإمساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال وإذا تنازعا

في دابة

في دابة وأقام كل واحد منهما البينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة
يوافق أحد التاريخين فهو أولى لأن الحال يشهد له فيترجح وإن أشكل ذلك
كانت بينهما لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا وإن خالف
سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رحمه الله لأنه ظهر كذب
الفريقين فيترك في يد من كان في يده قال وإذا كان العبد في يد رجل
أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما

بسبب الاستحقاق

فصل في التنازع بالأيدي

قال وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها
والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك
وكذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى لما ذكرنا
بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا إذا
تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما فصاحب الحمل أولى لأنه المتصرف وإذا
تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لأنه أظهرهما
تصرفا ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه
لا على طريق القضاء لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا قال وإذا كان ثوب
في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة فلا
توجب زيادة في الاستحقاق قال وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن
نفسه فقال أنا حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد
للذي في يده لأنه أقر بأنه لا يد له على نفسه حيث أقر بالرق وإن كان لا يعبر عن
نفسه فهو عبد للذي هو في يده لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة
المتاع بخلاف ما إذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر
الرق عليه في حال صغره قال وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه
وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لأن
صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها
ولأحدهما حمل عليها وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن
هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه
على بعض بناء هذا الحائط وقوله والهرادي ليس بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلا
وكذا البواري لأن الحائط لا يبنى لها أصلا حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما هرادي
وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما
ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب

أظهر

عليها

الثلثة وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس أن يكون بينهما نصفين لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الأول أن الحائط تبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا أيضا لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فالأول أولى ويروى أن الثاني أولى لأن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى ووجه الثاني أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال ولو ادعى الرجلان أرضا يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لأن اليد حق مقصود وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما لما بينا فلا يستحق أحدهما من غير حجة ولعلها لغيرهما وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له ويفسخ البيع ويرد الثمن وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض وإذا صحت الدعوة استندت إلى وقت العلوق فيتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن لأنه قبضه بغير حق وإن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة الاستيلاد وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح

ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري لأنه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه وإذا صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والأم أم ولد له كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع وإنما كان الولد أصلا لأنها تضاف إليه يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام أعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى قال ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم لأنه تبين أنه باع أم ولده ومالية أم الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعوته باطلة ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد والأم تابعة له على ما مر وفي الفصل الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته في الأصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فإنه حر وأمه أمة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وإنما كان الإعتاق مانعا لأنه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الأول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لأجله وكذلك إذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها

كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يلحق نسبه إليه بالإكذاب حميدي

الا لاجل دعوة البائع

ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة
بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه
البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل
النقض فصار كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد التوامين ثبت نسبهما منه
لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا
لان التوامين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق
الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير واذا كان في يده
غلامان توامان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي
هو في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي
عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به
حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توامان فتبين
ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا
لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وههنا ثبت تبعا
لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد
الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد
الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن
عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان
يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد العبد فهو ابن للمولى وعلى هذا
الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار
ارتد برد العبد فصار كان لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان مما لا يحتمل
النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق
المشترى فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي
بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به
حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن
لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته
والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير
فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى
لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد
المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى

لجر

كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو
دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصل ابي حنيفة رح فيمن يبيع
الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره قال
واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو
عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض
لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام
مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه
عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم
اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين قال واذا ادعت امرأة صبيا
انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون
المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف
الرجل لانه يحمل على نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة
الى تعيين الولد اما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عم
قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة
عند ابي حنيفة رح وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت
النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها
زوج فزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم
نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه
من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما
لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه
فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين
رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب
المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن
اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد
يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين
او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة ولان
النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه
نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد
المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شي

على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتل الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بايعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البايع

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المراة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولايته المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد الماذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف الماذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من العقل والبلوغ لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره وذلك بالبيان

فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك كان رجوعا والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا اذا قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما يجري فيه التمانع تعويلا على العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغنا عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم

حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم عند ابي حنيفة وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجبت عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين درهما لانه ذكر مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير الواو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه ولو ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون ولو ربع يزاد عليها الالف لان ذلك نظيره ولو قال علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة الايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال وفي نسخ المختصر في قوله قبلي اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهذا اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما واذا قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهذا اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فصار كانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سبقة الوجوب وكذا اذا قال احلتك بها

على فلان لانه تحويل الدين ومن اقر بدين موجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال ثم ادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر ولو قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم وان قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة ظرف ووعاء له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فكان اقرارا بغصب المنزوع وان اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام في البيت ومن اقر لغيره بخاتم فله الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل وان اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان اسم السيف ينطوي على الكل وان اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف وقال محمد يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف ان حرف في يستعمل في البين

والوسط

والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة واحدة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق

فصل

ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى بها له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا قال وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد رحمه الله يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد الماذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء

قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو قال له

على مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد رح لا يصح فيهما وقال الشافعي رح
يصح فيهما لمحمد رح ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في
خلاف الجنس وللشافعي رح انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة
في الاول ثابتة من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر والمكيل والموزون اوصافهما
اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون
ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا
لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر بحق وقال ان شاء
الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشية الله تعالى اما ابطال
او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار
لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف
ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس
لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل
يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار
والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف
في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل
فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل
فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة
عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء
لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار
بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد
اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد
وخذ الالف والا فلا شيء لك قال هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه
ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني
ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتك وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم
على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد
حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم
المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك
انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له
يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا

بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت
عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة علي وانكاره
القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارية
بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب
نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف
ومحمد رح ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق وان انكر المقر له ان يكون
ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب
المال عليه بسبب وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتاكد الوجوب
الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب كان هذا من المقر
بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم
القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه
فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن
قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف من ثمن
خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع
لان ثمن الخمر او الخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه
شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله
قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني
الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رح
وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف
اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال
لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما ان هذا بيان مغير فيصح بشرط الوصل
كما في الشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة
بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه كما اذا قال الا
انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح انه رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب
والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه فصار كما اذا قال بعتكه معيبا
وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان
والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه
مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يصح كاستثناء البناء في الدار
وهذا بخلاف ما اذا قال لفلان علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة

نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضيها على ما مر وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول
في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض
وقد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف
مطلقه اليها ولو قال علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل
يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان
مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك
المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني الف درهم ثم قال هي
زيوف او نبهرجة صدق وصل او فصل لان الانسان يغصب ما يجد
ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح
وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب فالقول له
وعن ابي يوسف في الغصب انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ
القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب
والوديعة ان وصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست
من جنس الدراهم الا ان الاسم يتناولها مجازا فكان هذا بيانا مغيرا
فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا صدق
وان فصل لم يصدق لانه استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا
بخلاف الزيافة لانها وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو
تصرف لفظي على ما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل
لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب
فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك
الفا وديعة فهلكت وقال الآخر بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال
اعطيتنيها وديعة وقال غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول
اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون
القول له مع اليمين وفي الفصل الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه
سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في
هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون
بدون قبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك
فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وهذا بخلاف
ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول

كذا لم يصدق وان وصل صدق نخ

للمقر

للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا
ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا ولو قال هذه
الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها وقال فلان هي لي فانه يأخذها
لانه اقر باليد له ثم ادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر ولو قال
آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده
فالقول قوله عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الذي اخذ منه
الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال
خاط ثوبي هذا فلان بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على
هذا الاختلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان
وهو الفرق ان اليد في الاعارة والاجارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء
المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له
باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد
قصدا فكان الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر وهو ان في الاجارة
والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيتها
ولا كذلك في مسألة الوديعة فانه قال فيها كانت وديعة وقد يكون
من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الاختلاف وليس مدار الفرق
على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها
لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر ايضا في كتاب الاقرار وهذا بخلاف
ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او قال اقرضته
الف درهم ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون
تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر
بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة وهو ينكر اما ههنا
فالمقبوض عين ما يدعي فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا
زرع هذا الزرع او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر
فادعاه فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلت باجر
فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك
في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته
منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في
يد المقر كذا هذا **باب الاقرار في المرض** واذا اقر الرجل في مرض موته بديون

والاسكان او الاعارة

بالاخذ لما ذكرنا ... يخيط ... المستاجر

وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف
بالاسباب مقدم وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء
سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق
وصار كانشاء التصرف مناكحة ومبايعة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا
كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لانه تعلق حق غرماء الصحة بهذا
المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح
لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حقهم تعلق
بالمالية دون الصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب
فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف
حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة الاطلاق وهذه حالة الحجر فيفترقان
وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له
وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امراة
بمهر مثلها ودين المرض مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو
اقر بعين في يده لآخر لم يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز
للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض
ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض
في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم وجوبه بالبينة قال واذا
قضيت يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان
الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته وان
لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير فكان المقر له
اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع
تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط
الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين ولو اقر المريض لوارثه لم يصح الا ان يصدقه
فيه بقية الورثة وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت
لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة
للوارث ولنا قوله عم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق
الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به
ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا
ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر

عن الاقرار

عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث
ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة
فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله
بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا
نقول لما صح اقراره بالثلث جاز تصرفه في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين
ثم وثم حتى ياتي على الكل ومن اقر لاجنبي في مرضه ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه
وبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق
ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا
كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره للاجنبية
ومن طلق امراته ثلثا في مرضه ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها
منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم
على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين
فيثبت

فصل

ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف
انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه
خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر
وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط
تصديق الغلام لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف
الصغير على ما مر ولا يمتنع بالمرض لانه من الحوائج الاصلية قال ويشارك الورثة
في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته
ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس
فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا
ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا
ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادتها قابلة لان قول القابلة
في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى
ولا بد من تصديق هولاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب
يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق ويصح تصديق
الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح
انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث
لانه معدوم وقت الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول

الاقرار ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لم يقبل اقراره في
النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او
بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث
المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في
ماله عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه فيستحق الجميع وان لم يثبت
نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى لو اقر باخ
ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له الثلث ولو كان الاول وصية لاشتركا
نصفين لكنه بمنزلتها حتى ان من اقر باخ في مرضه وصدقه المقر له وانكر المقر ورثته
ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له فان لم يوص لاحد كان لبيت المال
لان رجوعه صحيح لانه لم يثبت نسبه فبطل اقراره ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت
نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على
الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله ولاية فيه فيثبت كالمشتري اذا
اقر على البائع بالعتق لم يقبل قوله عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ويقبل في العتق
ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها
خمسين فلا شيء للمقر وللآخر خمسون لانه اقر بالدين على الميت لان الاستيفاء انما
يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية
الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن لو رجع المقر على القابض بشيء
لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه
ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله
عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي
لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه المثابة لان البدل كان حلالا
على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع
الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتأويل آخره احل
حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا
صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه في زعمه وهذا
مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ
المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز فان وقع الصلح عن
اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع

وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان
عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط وخيار الرؤية ويفسده جهالة
البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط
ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات
لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها
فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح
عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق
المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف
حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت
لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك واذا صالح
عن دار لم تجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه
يأخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه
بخلاف ما اذا صالح على دار حيث تجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها
عوضا عن ماله فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان
المدعى عليه يكذبه واذا كان الصلح عن اقرار فاستحق بعض المصالح عنه
رجع المدعى عليه بحصته ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع
وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار
فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل
العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه
لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق
بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر
عن العوض وان استحق المصالح عليه وكان الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح
عنه لانه مبادلة فان استحق بعض ذلك رجع بحصته وان كان الصلح
عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق ان استحق
بعضه لان المبدل هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار
شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالملك له بخلاف
الصلح لانه يدفع المال لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب
فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين ومن ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح
من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض عند ذلك عن شيء يقابله

فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح
الصلح لان ما قبضه من عين حقه فيكون هو على دعواه في الباقي والوجه فيه
احد الامرين اما ان يزيد معه بدل الصلح درهما فيصير عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به
ذكر البراءة عن دعوى الباقي **فصل** والصلح جائز من دعوى الاموال لانه في
معنى البيع على ما مر قال والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل
ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف
العاقل ما امكن قال ويصح عن جناية العمد والخطاء اما الاول فلقوله تعالى فمن
عفي له من اخيه شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح عن
دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح مسمى هنا لان كل واحد
منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار الى
الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي
النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه جميعا
ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف ما اذا
صالح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لان الشفعة حق التملك ولا حق في
المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا
لم يصح الصلح بطلت الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس
بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين
على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال
فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا
فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة عليه بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على
قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على
احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط
القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها
فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان
مبادلة له بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء
في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال ولا يجوز من دعوى حد لانه حق
الله تعالى لا حقه فلا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا
ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذلك لا يجوز الصلح عما اشرعه
الى الطريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح عنه واحد على الانفراد عنه

ويدخل في اطلاق جواب الكتاب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال
واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى
جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا
للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان ياخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا
في دعواه قال وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز
هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة
في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها
فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل
الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى على رجل انه عبده
فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال
لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى
اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا
انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال
واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له
رجلا عمدا فصالحه عنه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا
لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده
من تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل
عن ملكه وهذا شراء فيملكه قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة
فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة وقالا يبطل الفضل على
قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب فيه هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة
عليها تكون ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف
الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر
الزيادة ولابي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ
القيمة يكون الكفن عليه فحقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل
وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا
فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا
كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف
قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة ان
القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي

فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه
على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه
والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد
او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل
فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه
هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال
فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو
الوكيل دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه
ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعا عليه ليس الا البراءة وفي
حقها الاجنبي والمدعا عليه سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع
اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعا عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف
ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعا وانما ذلك للذي
في يده لان تصحيحه صلحا بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا
او منكرا وكذلك ان قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه
تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا
لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم
العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان
اجازه المدعا عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في
العقد انما هو المدعا عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير
اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة
المطلوب فيتوقف على اجازته قال ووجه اخر ان يقول صالحتك على هذه الالف
او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له
فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح
لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم
الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة
وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه
اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة

لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له
على اخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على اخر الف درهم جياد فصالحه
على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابراه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل
يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا
للبعض في المسئلة الاولى وللبعض وللصفة في الثانية ولو صالح على الف
مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم
بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز
لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى
المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له
الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير
مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان
كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد
المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف
وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه
اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود
لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس
ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر
صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا
للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم قال
ومن له على اخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل
ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة رح
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء
الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا
لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما
اذا بدا بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بداه
باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح
منه وكلمة على وان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه
فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابراء
مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله

قال وهذه المسألة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف
على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت برئ من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا
فالالف عليك على حالة وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به
والثالث اذا قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا صح
والابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة
لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا
يتقيد به بخلاف ما اذا بدا بخمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح
عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك
فافترقا والرابع اذا قال اد الى خمسمائة على انك برئ من الفضل ولم يوقت للاداء
وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لم يوقت
للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان
فلم يتقيد بل حمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في
الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الى خمسمائة او قال اذا اديت
او متى اديت والجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق
البراءة بالشروط باطل لما فيه من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم
لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك
حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسألة اذا
قال ذلك سرا اما اذا قاله علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار
ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له
شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما
شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية
الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة
الولد والثمرة فله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض
لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه
ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع
اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك
المشترك اذا عرفنا هذا نقول في مسألة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل
لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة

كالثمن الموروث بينهما بان باع رجل عينا ومات قبل قبض الثمن وله وارثان

وان شاء

وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه
ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى احدهما نصف نصيبه من
الدين كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي
لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة قال ولو اشترى
احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار
قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان
مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر فيتخير القابض
كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء
بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا
لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق
المشاركة فله ان لا يشاركه فلم يسلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان
يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولو لم يسلم اذا
ولم يسلم لم يكن راضيا به ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع
عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه
اتلاف وليس بقبض واذا ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي
من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف اعتبارا بالابراء
المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب
احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار
بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف والتزوج به اتلاف
في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين
شريكين فصالح احدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا
فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين
في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم
فيه صار واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز
لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى
عود المسلم فيه بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه
فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني بالاتفاق

فصل في التخارج

واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة

الخلاف فيما اذا اخر قبل الاخذ ولو اخذ ثم اخر جاز ذلك لكن [illegible] يتبع المعقد وياخذ منه ربع الدين بالاتفاق
جلاليه

لانه ولانه الوجه الاول لا يتفاوت بين الاختلاط وعدمه وعلى اعتبار الوجه الاول لا يجوز الصلح اذا [illegible] على الاتفاق [illegible] فيما اذا لم يخلطا رأس المال علما [illegible] على اعتبار [illegible] العلة في الوجه الثاني فيجوز اجماعا
جلاليه

عقارا او عروضا جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا
وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن
عوف عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال وان كانت التركة فضة
فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف
الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي
في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان
فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة
فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه
على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى
يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد من
التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر
ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير
وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس الى خلاف
الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال واذا كان في التركة دين على
الناس وادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح
باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرئ
الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط وهو تمليك الدين
ممن عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي
الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما
وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير
معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانها شبهة
الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز
لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين فيه مانعة والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى
المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق
لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي
ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي
في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة
من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة
اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه

قوله شبهة الشبهة فانه يحتمل ان لا يكون في التركة من جنس بدل الصلح وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه اقل منه فيكون شبهة الشبهة وهي المعتبرة دون النازل عنها ذخيره

فمست

فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني
وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملته
الصحابة ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل
والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه
لتملكه جزءا من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر
مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة
عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال
من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح
لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال
ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه
عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه لانه يقبل الاضافة من حيث انه
توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل
مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح
المضاربة عند ابي حنيفة لانه لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح
لكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها
ان يكون الربح بينهما مشاعا فان شرط لاحدهما دراهم مسماة فسدت لان
شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال وان شرط
زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة
في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال
لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا يجاوز باجر القدر
المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح
في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع والعمل وقد وجد وعن ابي يوسف
انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة
غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستأجرة في يده وكل شرط
يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط
الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال
ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا يد لرب المال فيه لان المال
امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة
من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن

من التصرف فيه اما العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن
من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير
لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين
واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم
يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم
يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا
مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت
المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع
لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد
صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع
والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ
دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس له
ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر الى بلد اخر لانه تعريض
على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده فله ان يسافر الى بلده لانه هو المراد
في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال بلغ هذا الموضع ولا يضارب الا ان
ياذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما
في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان
الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع
لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قال له اعمل برأيك لان
المراد منه التعميم فيما هو صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة
فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن
صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال فان
خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها
لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من
يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره
قال فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه
تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان
كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ويرجع المال مضاربة على حاله لبقائه
في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه كان المردود والمشترى

في المدة

في المصر

في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها ههنا وهو رواية الجامع الصغير
وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان
لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان وجوبه بنفس الاخراج
وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على
ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه
كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق
ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول له
على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذلك اذا قال خذ هذا المال تعمل به في
الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به بالكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه
بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به
بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة
ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة
الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة
او دفع في الصرف على ان تشتري من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من
غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان
وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال وكذلك
ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما
وقته والتوقيت مفيد فانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان
قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها
لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى فلا يتحقق فيه
لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء
بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال
ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري
نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال فان كان في المال ربح لم يجز له
ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال
او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم
ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة
وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة
له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه

ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع له في زيادة القيمة ولا في تملكه الزيادة لان
هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة
نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال فان كان مع المضارب
الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي
الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء
رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك
ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك
لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة
اذا صار اعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت
قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم از
دادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك
اذا حدث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية
عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام
ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك
والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي
ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان
المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف
مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم
اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف
المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها
ربح فيكون بينهما وقد تقدم دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح
وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت
الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك
لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة
يضمن نصيب شريكه كذا ههنا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب
المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب
المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد اذا عمل به ضمن
ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو

رواية عن ابي يوسف لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع
على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة
بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده
ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له
شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان
كانت الاولى فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه فله اجر
مثله فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني و
قيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في
مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن
الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له
بين هذه وبين مودع المودع ان المودع يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون
ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان
ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره
لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني يرجع على
الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد
وتصح المضاربة والربح بينهما على شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه
ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله
ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى
عن نوع خبث قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له
بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان
رب المال قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف
وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني
مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه
نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى
نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا
السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر
على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وان كان
قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث
والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف

وجعل لنفسه نصف ما رزق الله الاول وقد رزق ثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول
لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني
وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين رب
المال والاول لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من
جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم
يربح الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله فلي نصفه
او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف
فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه
جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع
نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استوجر ليخيط ثوبا
بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بدرهم وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح
فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني
سدس الربح من ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في
حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في
عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب
الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى
من يخيطه بدرهم ونصف

فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث
الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح
فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط
العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه
ولهذا يجوز بيع المولى من عبده الماذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من
التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه
مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط
والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه
دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد الماذون عقد
المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان
هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رحمه
لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف

فصل في العزل والقسمة

قال واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم

يعني لا بد لرب المال ان يخليه بينه وبين المضارب ويسلم اليه حتى يمكن ما ثم من التسليم والتخلية

وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من
قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت
المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه
يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رحمه لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه
ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة
ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال فان عزل رب المال
المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل
الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها
ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي
تبتني على رأس المال وانما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا
آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار
نقدا فيعمل العزل فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له
ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال العزل ابطال حقه في الربح فلا ضرورة
قال وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال وان لم يكن بان كان دراهم
ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان
الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بدار
الحرب في بيع العروض ونحوها قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح
المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح
بمنزلة الاجر له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع
لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق
العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير
يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات
والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة قال وما
هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لان الربح تابع وصرف
الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد
الهلاك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا يقتسمان الربح
والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفي رب
المال رأس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه
هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين

ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما
اخذه رب المال محسوب من رأس ماله واذا استوفى رأس المال فان فضل
شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما
الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان
المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني
لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا اخر

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار
فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع باجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام
المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري
سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله ان يأذن لعبد المضاربة
في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز
بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب
لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك
واما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه
لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او على الاعسر جاز لان الحوالة
من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه
مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق
المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل
بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة
والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه
بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة
وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال
غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة
فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه
عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه الا ان ينص
رب المال عليه وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى
برأس المال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة
ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار المشتري
بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا

اعطاؤها

اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض
والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة
وعن ابي يوسف انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به
المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة
وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل
تحت المضاربة فكذا هذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة
فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر تفسد المضاربة
لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا
لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف
حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه
فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية
وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة
تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه
يؤدي الى قلب الموضوع فاذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به
المضاربة الاولى قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال
وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه معناه شراء وكراء في المال ووجه
الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب
في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق
النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق
من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به
وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال ولو
بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان
خروجه دون السفر بان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة
السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة
لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما تصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا
ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع
يحتاج اليه كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه
اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار قال واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية
وعن ابي حنيفة انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به

فصل ركا النفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والى الدواء بعارض
المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال واذا ربح اخذ
رب المال ما انفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة يحتسب ما انفق على المتاع
من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول
دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها
قال فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده
وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا
المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه لانه عين مال قائم
به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة
بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب
ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب. واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل
برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه **فصل آخر** فان كان معه الف بالنصف
فاشترى بها بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى
ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد
للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة قال هذا الذي ذكره حاصل الجواب
لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال
بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه وهو انه لما نض
المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه
لنفسه وثلاثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان
وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل
من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه
ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة
لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال الفين وخمسمائة لانه دفعه مرة
الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر
ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس
المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا
بخمسمائة وباعه اياه بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه
لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم
ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى

المضارب

المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة
لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال
وان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا
خطأ فثلاثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب. لان الفداء مؤنة
الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال
عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته
الفان واذا فدياه خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب لما بيناه ونصيب رب
المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما
والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان
كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية و
دفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم
المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم قال فان كان معه الف فاشترى
بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه
لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه
فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك
بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان
كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما
اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك بعده لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع
بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في
يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم
لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر **فصل في الاختلاف** قال فان كان مع
المضارب الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال بل دفعت
اليك الفين فالقول قول المضارب. وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب
المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول
قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض
وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض
ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق
بالشرط وهو مستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان
البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف

وقد ربح الفا وقال هلك اي هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب
يدعي عليه تقوم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة في الربح وهو ينكر ولو
قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول
لرب المال والبينة بينة المضارب لانه يدعي عليه التملك وهو منكر ولو ادعى رب المال
المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول
المضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط
بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول
لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة
بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت
البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها
لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان
بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل
مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه
يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من
الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه
فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان
المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء
لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر
الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى
جاره او يكون في سفينة يخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين
طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه
يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في
الايداع قال فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه
متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه
قال وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها
عند ابي حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم
البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه
الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون

وجه فيميل

وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول
الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا يصلح موجبة لها
ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة لانه لا حق له الا في الدين
وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط
وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان
وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف
الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن
حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة ينقطع
حق المالك الى ضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر
اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس
عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا
بالاذابة قال وان اختلط بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق
الكيس فاختلطا لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق
قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطها بالباقي ضمن الجميع لانه خلط
مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى
المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه
او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي
لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة قد ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ
الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة
ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك
الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال فان طلبها
صاحبها فجحدها ضمنها لان الجحود تملك منه الا ترى ان الشرع جعل القول قوله
وتملك مال الغير لا يكون الا بالضمان لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ
فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف
لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ
من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع
او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل
نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب
المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها

الحاشية:
بينة المضارب لانه مدعي
المغل الخائن كذا فسره ابو عبيد في غريب الحديث وقوله عليه السلام لا اغلال ولا اسلال اي لا خيانة ولا سرقة ... اي لا خيانة
أي قرافاد هو اسم ... بده اذا فره والمصدر ... بده بدا شرح
انفسه
ادا المخالفة

لا يضمنهما عند ابي يوسف رح خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه
قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فيبقى
الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان
كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة
وقال الشافعي رح ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفازة
محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي
ولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد
والشافعي رح يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار
كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالى
به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها
بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد
واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ
في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر
احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع
اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان
فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل
والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيومر بالدفع
اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف
ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يومر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رح انه طالبه
بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين
يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة
ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه
بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان ياخذه قلنا ليس
من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كان له الف درهم وديعة
عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع
ان يدفعه اليه قال وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز
ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه
وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح
وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر

ز نه

وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان
لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما
ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي
يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن
الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف
ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما
بالمهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال واذا قال
صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير
اذا نهاه المودع ان يدفع الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن
كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا
يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن
اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له
منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد
امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت
فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين
في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين
يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين
ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عنه
الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها
آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان ياخذ الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من
يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون
الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم
يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع
من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه فلا تعدي منهما فاذا
فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة
الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره
قال ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى
ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل

فلقاه

فان ضمن الاول لم يرجع على الآخر وان ضمن الآخر رجع به على الاول متن نخ

على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال صح

واحد صحيحة لاحتمالهما الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل على الانفراد لتغاير الحقين وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو شاء اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف لا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعني للثاني يقضي له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لان تقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف انه نفذ القضاء للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلفه عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه وديعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عم دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل

فلا يحصل

فلا يحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عم المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رح يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن وان يثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة الضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يصح بقي العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم قال وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رح ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بيناه من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة حكما في الاجارة

للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا
فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل
كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا
لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال وهذا اذا صدرت
الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت
والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق
والثاني ان يكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه ولو امسكه
بعد مضي الوقت ضمن عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه
والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق
الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا
له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان
كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له
ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه
تعين للاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود
قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها
فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت
او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا
هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا
او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما
اذا استعار انية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده قال واذا استعار ارضا ليبني
فيها او ليغرس فيها جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما
الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة
واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن
وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق
العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه
لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس
بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع
عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد
انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء

المستعير ان يرفعهما ولا يضمن قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع
ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع
والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت
او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس
لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية
على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فيكون
عليه واجرة رد العين المستاجرة على المؤاجر لان الواجب على المستاجر التمكين
والتخلية دون الرد لان منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى فلا يكون عليه مؤنة
رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة
الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال واذا استعار دابة وردها
الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما
ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان
رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك
يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن
لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان
الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة
لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها
اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها
الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها مع عبده
او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة
فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس
في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى
انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب
وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا
وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسألة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا
كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسألة
بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك
اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له
والكتابة بالموضوعة اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد

لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكناية بها
اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

قال الهبة عقد مشروع
لقوله عم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول
والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول
والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض
اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عم لا تجوز الهبة الا مقبوضة
والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك
قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية
لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية
اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها قال فان قبضها الموهوب له
في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان
ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف
في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض
بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود
منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض
بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد
بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا
تعمل في مقابلة الصريح قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت
لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عم اكل اولادك نحلت مثل هذا
وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله
اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك
على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف
الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث
تكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث
فلقوله عم فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار
لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه
يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على الفرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو
قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم
ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت

يكون المراد اطعام عينها

عارية

عارية لان العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين
فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمري سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة
او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا وقال هبة تسكنها فهي هبة لان
قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة
سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة
المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي يجوز في الوجهين لانه عقد
تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه
وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية
ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله
الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه
وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف
ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة
والمهاياة تلزمه فيما لا يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية
ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم
فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم
مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض
القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه
فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال
ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه
جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة
او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لا يجوز وكذا السمن في
اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم
ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم
لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم
والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع
الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال واذا كانت العين في
يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضته
والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون
فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب

الحيازة عبارة عن القسمة لان الحيازة
عبارة عن جمع المتفرق ومنه [illegible]
[illegible]
القسمة عبارة عن جمع الاجزاء
الشائعة لانها افراز [illegible]

الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض
الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف
ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة
في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي
وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك
عليه من التصرف ما هو الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب
لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء
ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها
الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد
من ولاية التحصيل وكذا ان كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا
ترى انه لا يتمكن اجنبي اخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه فان قبض
الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله
وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب
امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف
الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة
منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره
لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو
قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يصح لان
هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين
وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل
احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك
كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت
لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي
الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو
تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل
واحد منهما مجازا عن الاخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل
وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان
الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية
ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما

اثنان

اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو
وهب لرجلين لاحدهما ثلثاها وللاخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر نصفها فعن ابي يوسف فيه روايتان
فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف ان بالتنصيص على الابعاض
يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن
من رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب
هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب
في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد
لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم
التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي
لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند
فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته
للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان
الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا
لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول
المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة
لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال او يموت احد
المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا
انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو
ما اوجبه قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه
فلا ينقضه ولانه تجدد الملك لتجدد سببه قال فان وهب لاخر
ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا
وكان ذلك زيادة فيها عظيمة يعد ذلك زيادة على قطعة منها
فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال وان باع نصفها غير مقسوم رجع في
الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع
في كلها فكذا في بعضها بالطريق الاولى قال وان وهب هبة لذي
رحم محرم منه فلا رجوع فيها لان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك
ما وهب احد الزوجين للاخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة
وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها

فليس له ان يرجع في شيء منها لان
هذه زيادة متصلة وقوله وكان
ذلك زيادة فيها لان الدكان
قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة
اصلا وقد يكون الارض عظيمة صح

لذي رحم محرم لم يرجع فيها

فله الرجوع ولو اباناها بعد ما وهب فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر رح يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده قال وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن

لان الهبة

لان الهبة من حكمها تاخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك قال ولو وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عم نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت بريء منها او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمرى جائزة للمعمر حال حيوته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات يرد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما ان النبي عم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم يصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

لانه لا يملك مالا فكيف يملك نفسه فصار مجازا عن حكم الملك وهو العتاق كهبة الحرة بغير نكاح فانه يعتبر مجازا عن النكاح

الاستثناء الصحيح فيما يعمل الاستثناء باطل وبالصحيح احترازا عن الاستثناء بالحمل بالهبة فانه فاسدة

فصل في الصدقة

قال الصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة ولا تجوز
في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب
وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني
الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال ومن نذر
ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه
لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه
الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك
الى ان تكتسب فاذا اكتسبت تصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

الاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة عبارة
عن المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة
التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس وقد شهدت بصحتها
الآثار وهو قوله عم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عم من استاجر
اجيرا فليعلمه اجره وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت
مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر
في حق المنفعة تملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى يكون المنافع
معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة فصار
كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة
لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا
كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة
بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة
اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا
كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت
المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف
لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين
هو المختار قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه
او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة
سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر
المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال
الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد من

ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة
كما في الاجير الواحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة
بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا بان ينقل له هذا الطعام الى موضع
معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة
فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق الاجرة

قال الاجرة لا تجب بالعقد
وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط
او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رح تملك بنفس العقد لان المنافع
المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من
البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا
والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة
التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية
وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا
قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة
لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقام تسليم المنفعة اذ التمكن من الانتفاع يثبت به
فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما
اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم
وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره
اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللموجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه
استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة
التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان
يطالبه باجر كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة يقول اولا
لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود
عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه
العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة
فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ
لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للخياط والقصار ان يطالب
باجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر
وكذلك اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا
ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال ومن استاجر خبازا ليخبز له

في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل
بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل
التسليم وان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في
بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ
الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر
طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا
ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة وعندهما لا يستحقها حتى
يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن الفساد قبله فصار كالاخراج من
التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة
ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل
التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف
الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار
والصباغ فله ان يحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان
عليه عند ابي حنيفة لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له
لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعندهما العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا
بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء معمولا
وله الاجر وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له
ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم
في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف
الابق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على
شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب
علمائنا الثلثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال
المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة تسليم
العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض
المشتري بغير رضا البائع قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له
ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في
محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته
ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين **فصل** ومن استاجر

في ملبن معلوم ع

العين حتى يستوفي الاجر
لان المعقود عليه وصف
قائم في الثوب فله حق
الحبس صح

سجلا

رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي
فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده
اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء
بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة
وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما
ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في
الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة
التي تلي هذه المسئلة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر
بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بطعام الى
فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه
نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد
لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان
لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه
لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا
ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد
بما وراءها دلالة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانه منفعة مقصودة معهودة
فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع
الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة
لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير
ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها
قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا
تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت
الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها
او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت
مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما
ففي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت والزرع بقل
حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية

الساحة هي ارض خالية من الشجر ونحوه

الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه و
هذا برضا صاحب الغرس والشجر الا ان ينقص الارض بقلعها فحينئذ يتملكها بغير
رضاه قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له
فله ان لا يستوفيه وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة
فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز استيجار
الدواب للركوب والحمل لانه منفعة مقصودة معلومة معهودة فان اطلق
الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه
او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس
يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استأجر ثوبا
للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال
على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره
فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين
وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا اما
العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن
غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء كالحداد والقصار خارج
على ما ذكرنا قال وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول
خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر كالشعير او اقل كالسمسم
لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان
يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضا فيه وان استأجرها ليحمل عليها
قطنا سماه فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة
فان الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها قال وان استأجرها
ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان
الدابة يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه
بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد
الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من
الحنطة فحمل عليها اكثر من ذلك فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو
ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان
حملا لا تطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا
لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة

وقالا

وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق
العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط
السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة
كالمرور في الطريق وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى
الحيرة فنفقت فهو ضامن وكذلك العارية وقيل تأويل هذه المسألة اذا استأجرها
ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى
يد المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف
ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور
بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد
نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال
لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا
اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر
فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول يتناوله اذن المالك اذ لا فائدة في
التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة فان كان لا
يسرج بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته وصار مخالفا وان اوكفه
باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى واذا اوكفه
باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان
يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان
زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة
في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة ان الاكاف ليس من
جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا
ينبسط عليه الاخر فيكون مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استأجر
حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع
فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين
تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان التفاوت يضمن لصحة
التقييد فانه تقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه
الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد
وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال وان حمله في
البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت من البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول

المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استأجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن
ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة
الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب
الارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان
شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به
درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القميص وقيل
هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رح انه يضمنه من
غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه
يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل
الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز
به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في
بابه ان شاء الله تع ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار
للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب
طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هنا

قرطق دريلك ديدكلري ثوب

الشبه الصفر والنحاس شبها لان لونه يشبه الذهب

من حديد [illegible] والبرد [illegible] العورة

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع لانها بمنزلته الا ترى انه
عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به
المسمى وقال زفر رح والشافعي رح يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان
ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة
في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة
لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص
اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة
في نفسها فهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استأجر
دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان
يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له
تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد
فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى
جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال فان سكن ساعة من
الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر
سكن في اوله ساعة لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي

ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار
لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض
الحرج وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من
الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز
وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم فهو من الوقت
الذي استأجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين
بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور
السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح
وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد رح وهو رواية عن ابي يوسف رح الاول بالايام
والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى
تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة فهكذا الى اخر السنة ونظيره العدة
وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس
فلم تعتبر الجهالة باجماع المسلمين قال عم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند
الله حسن واما الحجام فلما روي انه عم احتجم واعطى الحجام الاجر ولانه استيجار
على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس
وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عم ان من السحت عسب التيس و
المراد اخذ الاجر عليه قال ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة
وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار
عليه عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على
عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عم اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به
وفي اخر ما عهد رسول الله عم الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا
فلا تأخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا
تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم
مما يقدر المعلم عليه لا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه
فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم
لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه
الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي
لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا تجوز اجارة
المشاع عند ابي حنيفة رح الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته

ان يواجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة
ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه
او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا
لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو
الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه
واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه
والقدرة على التسليم شرط جواز العقد وشرط الشيء يسبقه فلا يعتبر المتراخي
سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف
في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان
القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم
يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طاري قال ويجوز استيجار الظئر
باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان
جاريا في عهد رسول الله عليه السلام وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع
وهي خدمتها الصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في
الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن
شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد
على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين
العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح
اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها
وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار
كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة
التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف
الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام
دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع
ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه
وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط
تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة
خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع
بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير

مبيعا

مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها لان
الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به
صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان
حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن
الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح
طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل
هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك
على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكره محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذلك
من عادة اهل الكوفة فان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها
لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وليس بارضاع فانما
لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه
بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة
فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان
وقد نهى عنه النبي عليه السلام وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا
اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر
عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد
هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف
الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا
فلا يصح بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر لان
ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز
بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه
رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر
بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر
رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة
وقالا في الاجارة انه جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال
تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت
يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح
ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة
انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه

الحمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال ومن استاجر ارضا على ان يكربها
ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتاتى
الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته
فهو من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان اشترط ان يثنيها
او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه
ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب
الفساد ولان مؤجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة
فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة
ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين في موضع تخرج الارض الريع بالكراب
مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا تبقى منفعته في العام
القابل قال وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال
الشافعي رح هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب
بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا
يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء فصار كبيع القوهي
بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس
للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال
واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان
يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رح له المسمى لان المنفعة عين
عنده وبيع العين شايعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين
غيره ليضع فيه الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره
لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع بخلاف البيع لانه
تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء
يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار
المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع
الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه
وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها
او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة
ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره
فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا

استحسن

استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا
وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا
ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار
الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل
ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة
في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى
استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي
المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد
قائم بعد

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص
فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه
اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة
لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن
شيئا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق
الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان
الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك
بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه
كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه
والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رح ان العين امانة في
يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه
ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا
لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله
الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل
الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال زفر رح
والشافعي رح لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب
والسليم وصار كاجير الواحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن
ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو
المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه
بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما
نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف اجير الواحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى

وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنعه قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة
او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وانه
لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة
قال واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء
ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي
انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع
الحبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء
واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء
الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الجهتين
شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه
ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع
المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ الدابة
بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا باذن مولاه فمات لا ضمان عليه وفي كل
واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتني
على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك
دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد
فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه
في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد
لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل
بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص
فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض
باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما
لصيانة اموال الناس والاجير الوحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبا
فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فاذا
امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه
فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت
هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين
العملين عمل استحق الاجرة به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم
وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك

هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين
مختلفتين بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا
اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك
البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي
الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه
معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع
المنازعة الا باثبات الخيار وان قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته
غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله
عند ابي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف
درهم ولا يزاد على درهم وقالا الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان
فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون
مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما
ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان
ولان التعجيل والتاخير مقصود فينزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة
ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه
فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان
دون اليوم فيصح في اليوم ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به
نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم
ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر
لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث
لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد
فالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان سكنت في هذا الدكان
عطارا فبدرهم وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق
المسمى فيه عند ابي حنيفة وقالا الاجارة فاسدة وكذلك ان استأجر بيتا
على انه ان اسكن فيه عطارا فبدرهم وان اسكنه حدادا فبدرهمين فهو جائز
عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها
الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة
على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل كر حنطة فبدرهم فهو جائز
في قول ابي حنيفة وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجير

احدهما وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الفارسية والرومية لان الاجر
يجب بالعمل وعنده يرتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم
فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة انه خيره بين عقدين
صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه
يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها
والاجارة تعقد للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد
التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

ومن استاجر
عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت
على زيادة المشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه
كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا
تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا
عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر والاصل ان الاجارة
صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام
الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار
الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة
واذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه
واخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا هو ضامن لانه
اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان يجب باتلاف
مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه
عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد
عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على
اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا
بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي
العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة
ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر وهو ابق
او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان
تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول الموجر لانهما
اختلفا في امر محتمل فيرجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا
ان لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك
ان تعمله قباء وقال لا بل قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه
احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب
لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول
قوله وكذا اذا انكر الوصف لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال
واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه
وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وكذا الجواب في مسئلة الصبغ
اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه
اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ ويضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه
بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع
باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم
بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف
ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما
يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا
بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك
مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر
والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله
الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا
قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي
بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل الموجر ما ازال به العيب فلا خيار
للمستاجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع
الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة
قبل القبض فشابه موت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا
من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه
الاباق في البيع وعن محمد ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا
تنصيص منه على انه لم ينفسخ ولكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به
لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين
وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة

المملوكة لغيره العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان
عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما ذكرنا من المعنى
قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد
المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم
ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه
في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه
في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد
الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونه ولهذا يجبر المستأجر على
القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة قال وتفسخ الاجارة بالاعذار
عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان
حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي
المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع
فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر
زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استأجر حدادا ليقلع
ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة
فاختلعت منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق
بالعقد وكذا من استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من
اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما اجر
فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب العقد الزام
ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله
فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكره في
الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة
فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا
بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول
انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر
ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء
ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على
موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او في طلب غريمه
فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد

ويبعث

ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب على رواية
الاصل وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة
دون الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب
العقد انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد واذا استأجر الخياط غلاما فافلس
وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوت مقصوده وهو
رأس ماله وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط
والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف
فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل للصرف في ناحية
وهذا بخلاف ما اذا استأجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل
آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا
العامل شخصان فامكنهما ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه
لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل
ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر
بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة
بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام
الاجر بدون السكنى وذلك ضرر **مسائل منثورة** قال من استأجر ارضا
او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء من ارض اخرى فلا ضمان عليه
لانه غير متعد في هذا التسبب فاشبه حافر البئر في داره وقيل هذا
اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد
النار يعلم انها لا تستقر في ارضه قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في
حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في
الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره
الجهالة فيما يحصل ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل
المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة
وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة
ترتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر
قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا
قال وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز له
ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا

عين الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معنا بعد البعض كرد المال، خلافا لما نقل من العمل
بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه
عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا
وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء، وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة
الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية متعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل
ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح
لو فعله اما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا
باداء كل البدل لقوله عم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير
فهو عبد وقال عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة وما اخترناه
قول زيد ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد
يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل كما قال البعض اعتبارا
بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز
حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله
للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة
ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من
غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في
عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه
معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله
المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من
الاداء يرد في الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء
لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه
والشافعي رح يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا
بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد
العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت
عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت
حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة
ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهو مكاتب في
رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك في الكتابة وفي نسخ
ابي حفص لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت

ع خلافا لمالك فان عنده يحط ربع البدل اعتبارا بالظاهر الامر وعندنا هو على طريق الندب

قيد بتنجيم عقد الكتابة

الكتابة

الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فلتحقق
معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقق مقصود الكتابة
وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى
واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على
المساواة وينعدم ذلك بتنجيز العتق ويتحقق بتاخره لانه يثبت له نوع
مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه وان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك
لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق به
وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت
اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من
جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان
وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها
غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه
المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة
اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه
فلا يصلح بدلا فيفسد العقد اما الثاني فان القيمة مجهولة قدرا وجنسا
ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه
تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال فان ادى
الخمر عتق وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة
وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة
ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال
ان اديتها فانت حر لانه ح يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على
ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينها وبين الميتة ان
الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق
عند اداء العوض المشروط اما الميتة فليس بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى
العتق فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء
عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال
ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك
المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان
في الزيادة دون النقصان

يعتق سواء قال اذا اديتها او لم يقل في ظاهر الرواية سواء ... او لم يقل ح يعتق باداء الخمر

لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته

والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فيجب بالغة ما بلغت وفيما اذا
كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه
واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء
ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناس الثوب فلا يثبت
العتق بدون ارادته قال وكذلك اذا كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه
لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه
الالف الدرهم وهي لغيره جاز لانه لا يتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين
في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان
لم يجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه الصداق
قلنا العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة
اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة
على ما هو المعقود به بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب
العين ذلك فعن محمد انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعنه
اي عن ابي حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه
لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود من الكتابة لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها
ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف
انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها
يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب
ذلك العين فعن ابي حنيفة انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد الا
اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فح يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف
وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون
المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان
وهي مسئلة الكتابة على الاعيان عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين
في كفاية المنتهي قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا
بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة
وتقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل منها
حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف
الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى
العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك المستثنى

قال

قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين
النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا
لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة
واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة
فتعتبر جهالة البدل فيه بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه
معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط
الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتني على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على
المماكسة قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا
معلوما والعبد كافر لانه مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى
قيمة الخمر لعجز المسلم عن تسليم عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها
وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا
بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله
البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف
واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد
صحيحا على القيمة فافترقا قال واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة
فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف
ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر
ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا و
ذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء
البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق
في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر
قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال وان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة
فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد
على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه
شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة
تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد
كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في
صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه

لانه الكتابة تنعقد مع الفساد وعليه قيمته
لانه تسلمت له رقبته بحكم العقد الفاسد
وصار كما اذا كانا مسلمين وقد ذكرنا فيه مسألة

اسقاط الملك وهذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط
والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان
الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس
وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء
اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير
من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون
ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض
وليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان
كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب قال فان وهب
على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب المال
فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله
كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب المال فيملكه كتزويج
الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول
البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك
مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له
قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك
ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم
الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك
وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق
وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء
وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه او زوج عبده
لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه
اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه
اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص العبد وتعييبه وشغل
رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على
ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان
الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له فيما سواهما
والولاية نظرية فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد وقال

ابو يوسف

ابو يوسف له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك
شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له
يملك التجارة وهذا ليس بتجارة اما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب
ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال
بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد **فصل** واذا اشترى المكاتب
اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق
فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر لما كان يملك الاعتاق
يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة
وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان
في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة
في قرابة الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي
في غيرها حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني
الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا
اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب
كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال واذا اشترى ام ولده
دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول
الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا
الحكم قال عم اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب عند ابي يوسف
ومحمد لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة وله ان القياس ان يجوز بيعها
وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل
الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد
بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد
له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري وكان حكمه كحكمه وكسبه له
لان كسب الولد كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة
اختصاصه وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت
فيها مؤكد فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج امته
من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان
تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وان تزوج المكاتب
باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد

ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رح وقال محمد رح أولادها أحرار بالقيمة لأنه شارك الحر في سبب
ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية
الأولاد ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لأن الأصل
أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية خالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة
وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهنا بقيمة متأخرة
إلى ما بعد العتاق فيبقى على الأصل ولا يلحق به قال وإن وطئ المكاتب أمة
على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة
وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق
أن في الفصل الأول ظهر الدين في حق المولى لأن التجارة وتوابعها داخل
تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لأنه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم
يسقط الحد لا يجب العقر أما الدين لم يظهر في الفصل الثاني لأن النكاح ليس من
الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة قال وإذا اشترى المكاتب
جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد
المأذون له لأنه من باب التجارة فإن التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا
والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

فصل

وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة
وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له لأنها تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل
وآجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لأن المولى
يملك الإعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة
وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها
على ما قدمنا ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة
وإن ماتت هي وتركت مالا يؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا
على موجب الكتابة وإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حر ولو ولدت
ولدا آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليه ولو لم يدع وماتت هي
من غير وفاء سعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك
عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها قال وإذا
كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى
وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية فإن مات المولى

عتقت

عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن
الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض
عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة غير أنه تسلم لها
الأولاد والأكساب لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق
الأولاد والأكساب لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو أدت المكاتبة قبل
موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية قال وإن كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا
من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة وإنما الثابت مجرد الاستحقاق وإن مات
المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة
وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رح تسعى في الأقل منهما وقال محمد رح تسعى في
الأقل من ثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة
في المقدار ومع محمد في نفي الخيار أما الخيار ففرع تجزي الإعتاق عنده لما تجزى
بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة
فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها أحد المالين
فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد أنه قابل البدل بالكل
وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ألا ترى أنه
لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط
الثلث وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي
رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه
مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر أن
الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته فصار كما إذا طلق امرأته ثنتين
ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة
الإرادة كذا هذا بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه لأن
البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا قال فإن دبر
مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن
شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب
المملوك فإن مضت على كتابتها ومات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار
إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة رح وقالا تسعى
في الأقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار
فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال وإذا أعتق المولى مكاتبته عتق بعتقه لقيام ملكه

فيه وتسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه
فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنها تفسخ برضا
العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانه
تبقى الكتابة في حقه قال وان كاتب على الف درهم الى سنة فصالحه على
خمسمائة معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس
بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير
وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء
الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة
به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل
ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل
وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على
الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة
فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك
الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امراته
على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل
الرقبة حتى اجري عليه احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا
بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل
فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير
هذا اذا باع المريض داره بثلثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات
ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى
اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه
لما بينا من المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز
الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا
في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد
فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك
على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا
يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة

على اجازته

على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى
لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه
لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا
الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب
ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد
عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا
ومعنى المسئلة ان يقول العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان
الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح في حق نفسه لولايته
عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان
الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا
والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في
كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه
على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه
اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما ادى
عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه
ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين
يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن عليه قال وايهما
ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر
اليه قال وليس للمولى ان ياخذ العبد الغائب بشيء لما بينا فان قبل العبد
الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة
نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره
فبلغه فاجاز لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا قال واذا
كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها فهو جائز وايهم ادى لم يرجع
على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا
في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك
من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين
اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل
الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض
عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة

والمراد به التعليق تعليق معنوي في ضمن العقد اذ المباشر للعقد كانه علق تسليم البدل عند سلامة المبدل كما في سائر العقود

يتجزى عنده علقا لها بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه
عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم
يأذن ولو اذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه الكسب
عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة
الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف فهو مكاتب
بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية
بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر
فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد
صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة
لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في
المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه
ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين ان الجارية
كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن
لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف
عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون
ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور
ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه
كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية
فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى
لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صار كلها ام
ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة
لانها قابلة للفسخ فتنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه
بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه
ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صار كلها ام ولد له
فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة
غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى
الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف
بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط

نصف

نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة
فلا تظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان
كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها
بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى الاول لظهور
اختصاصه على ما بينا قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح
نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه
موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رح يضمن الاقل من نصف
قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة
على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب
اقلهما قال وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير
لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز
واما عند ابي حنيفة رح فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين
انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور
على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد
على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها
لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للاول لانه
صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال وان كانا
كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها
ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رح وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت
في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي
الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق فاما قبل
العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده
كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب ولا يتغير به نصيب صاحبه لانها
مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة
نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان
اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال واذا كان العبد بين رجلين فدبره
احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف
قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق فان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر
لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير

يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت خيرة
الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار
التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به
نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا
كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل
قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع
انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه
والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل
الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما
اولا كان للآخر الخيارات عنده فاذا دبر لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق
والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبر احدهما
فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصف صاحبه بالتدبير ويضمن نصف
قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار
ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر
باطل لان الاعتاق لا يتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده
ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا
لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في
حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين
والثلثة نظرا للجانبين والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم
للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليها فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه
وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه
نجمان لقول علي اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط
ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد
من امهال مدة استيسارا وادنى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ
قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا
لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات فينفسخ اذا
لم يكن راضيا دونه بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء
فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له

عجزت

عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها قال فان اخل بنجم عند غير السلطان
فعجزه مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر
فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد
لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال فاذا
عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من
الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على
مولاه وقد زال التوقف قال فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ
الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته وما بقي
فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه
اخذ علماؤنا وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه
في ذلك زيد بن ثابت ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل
وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصورا او يثبت قبله او بعده مستندا
لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى
الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة
ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة
الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد من
جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد
سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف
تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في
كتابة ابيه على نجومه فان ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد
داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان
ترك ولدا مشترى قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة
اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه تكاتب عليه
تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة وهو الفرق
بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد
والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف
المولود في الكتابة لانه متصل به وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في
حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم
بحريته في آخر جزء من اجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه

في الكتابة فيكون هذا اجرا ابرئ عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة
واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد
فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما جرينا وان مات المكاتب
وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة
الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة
لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه
يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا
وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء
بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة
وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا
بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل
مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال وما ادى المكاتب من
الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة
والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة هي
لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له
يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا يطيب له ونظيره المشتري شراء فاسدا
اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى
فكذلك الجواب وهذا ظاهر عند محمد رح لانه بالعجز عنده يتبدل الملك وكذا عند ابي يوسف
وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث
في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة
حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير
اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذاه من الصدقة حيث يطيب لهما وعلى هذا
اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة قال واذا جنى العبد
فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب
جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا
للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذا
اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به
عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته
بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقد رجع ابو يوسف رح اليه وكان يقول

اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر رح لان المانع من الدفع و
هو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في
جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد فلم يثبت
الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع
واذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده
كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال
واذا مات مولى المكاتب لم ينفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب
اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة
المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى
بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد
الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب
الملك وكذا بسبب الوراثة وان اعتقوه جميعا عتق وسقط مال الكتابة لانه
يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب
عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير
ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت
بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل
لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى
ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان
الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء
الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر
باشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان
مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا
يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له
لقوله عم الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة
الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة
تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة عنها وعن بنت فجعل النبي عم
المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بجعل وبغيره لاطلاق ما
ذكرناه قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق
لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه

للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد
قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان
فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق
مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير
والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق
وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق على ملكه واذا تزوج عبد رجل امة لآخر
فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء
الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو
جزء منها فيقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا
وكذا اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق
او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا
بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد
لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب
والقبول وهو ليس بمحل له قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا
فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في
الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق العبد
جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن مولى الام الى مولى الاب لان العتق ههنا
في الولد يثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عم
الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك
الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار
اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا
اكذب الملاعن نفسه ينتسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت وطلاق
فجاءت بولد لاقل من سنتين منذ وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى
لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق
البائن لحرمة الوطي وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فيستند
الى حالة النكاح وكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي
الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم
على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا
بموالي الام ضرورة في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد

الى نفسه

الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان
الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصورا لان سببه مقصور وهو العتق بخلاف
ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه
لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك
فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة للعرب فولدت له اولادا فولاء
ولدها لمواليها عند ابي حنيفة قال رضي الله عنه وهو قول محمد وقال ابو يوسف
حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا
كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام
حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم
ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف
ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة
والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه والخلاف
في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير
نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال
ابو حنيفة ومحمد مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف مواليهم موالي ابيهم لان الولاء
وان كان ضعيفا فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي
وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة
لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين
فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان
النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة
لقوله عم للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له
وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت
عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا
كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان
للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عم
ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر
عن العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق
تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه
لانه عصبة على ما رويناه وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة

وبالمولى الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات
المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن
او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث
عن النبي عم وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت
المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها
من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب
الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق
مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا
يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا
فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقربهما عصوبة وكذلك الولاء
للجد دون الاخ عند ابي حنيفة لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء
لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق
على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا
واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني
الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن
مسعود وغيرهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب

فصل

في ولاء الموالاة واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه
ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات
ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء
لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا
لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال
وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم
نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله عم عمن اسلم على يد آخر ووالاه
فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في
الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء والصرف الى بيت
المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال وان كان له وارث فهو
اولى منه وان كان عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان
الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط
الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه

ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال
وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة
الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان
يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل
مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة
قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول عنه بولائه لانه تعلق به حق الغير ولانه
قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده
وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء
كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع
بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن
يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم
لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته
وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من
القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة
ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق
دون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان
ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم
كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما تهدد به
وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل
قال واذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف
درهم او يؤاجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او
بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء
فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا
فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه
لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب
منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة
الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة
ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت

لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة
لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد لفقد
شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض
حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما
في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه
وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته
الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان
الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم
لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني
قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره
حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم
من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل
ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد
للحاجة اليه قال وان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة
الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على
البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر
الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق
لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل
فيدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال فان قبضه مكرها فليس
ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد قال فان
هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه
مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له
فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء
كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام
البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود
لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد
الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله
وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز **فصل** وان اكره
على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر فاكره ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له

الا ان

الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه
ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه
المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها
ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب
وغلب على ظنه يباح له ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به
ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه
فياثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رح انه لا ياثم لانه رخصة اذ
الحرمة قائمة فيكون آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص
وهو تكلم بالحل بعد النهي فلا حرمة فكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم
اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل
فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على
الكفر بالله او سب رسول الله عم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك
اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه
بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد
اولى واحرى قال واذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري
فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر
حيث ابتلي به فقال له صلى الله عليه كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان
فقال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن
بالايمان الاية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق
وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل
ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك صلب
وسماه رسول الله عم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان
الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء
قال فان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه
وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة
وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح
آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان
يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح
لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص على المكره ان كان عمدا قال

قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة من كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هذا قال وان اكرهه على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد لا يجب الحد قال وان اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى

وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له صح

لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول له استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي

كتاب الحجر

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصبي الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا تتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي ترتقب اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه قال

وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها
لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع
والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود
والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي
والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله
عم كل طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة
في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه
حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر
العقود قال وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان
كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه
والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه قال فاما العبد فاقراره
نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه
لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه
بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر
بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى
عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عم لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا
الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا
تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رح لا يحجر على الحر
العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف
ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف رح ومحمد رح وهو قول الشافعي يحجر
على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي
يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي
احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه
يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا
بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد
ضررا من التبذير ولا يحتمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر
على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ
هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في
العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع

طلاق واقع الا

الضرر

الشرع

مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه بسوء اختياره ومنع المال مفيد لان
غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي
عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى
وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء
فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه الى القاضي
الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال
الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رح اذا بلغ الغلام غير
رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك
نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يؤنس منه
الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه
لان علة المنع السفه فيبقى ما بقيت العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة رح
ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا يرى
انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار
اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا
قال ابو حنيفة رح لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس
باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى
الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر وان كان فيه
مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد
نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده
ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رح لانه لا بد من حجر القاضي عنده
لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره ولا بد من فعل القاضي وعند محمد رح
لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبي وعلى هذا الخلاف
اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند
الشافعي رح لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه
الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه
لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله
فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان
الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته
الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه فاذا صح

رفع

بعد الحجر

عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا
انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد انه لا تجب السعاية لانه
لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق
ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما
دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته
مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد
فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك
لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها الولد وقال هذه ام ولدي
كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه
كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها
ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج امرأة
جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز
منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو
التزام بالتسمية ولا نظر له فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها
قبل الدخول وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل
وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال وتخرج الزكوة من مال
السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي
ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا
لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها
الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير
وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا
بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه
مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء
بغير فعله قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها وجبت عليه بايجاب الله
من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في
طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا
لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران
لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق
بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان

مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه
اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا فيه
التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان
مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رح
يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة
عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا الاية وقد اونس منه نوع رشد
فتتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه
فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو
قول الشافعي رح بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة
قلبه لما في الحجر من النظر له **فصل في حد البلوغ** قال بلوغ الغلام بالاحتلام
والاحبال والانزال اذا وطي فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة
سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى
يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس
عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح وعنه
في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة ويتم له
ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل
تسع عشرة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون
الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى
المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما
السن فلهم العادة الفاشية ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى
حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قال ابن عباس رضي الله عنهما
وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث
نشوؤهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق
واحد منها المزاج لا محالة قال واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل
امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى
لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما
يقبل قول المرأة في الحيض **باب الحجر بسبب الدين** قال ابو حنيفة رح لا احجر في
الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر
عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فان كان له مال لم يتصرف

فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا
حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس
الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء
لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه
يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل
اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع
ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع
مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما
في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق
متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من
الطرق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب
المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى
القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي
ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي
في دينه وهذا عند ابي حنيفة استحسانا والقياس ان لا يبيعها كما في العروض
ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في
الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي
ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا
بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود
فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر
فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه
دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل
ثيابه من ملبس قال فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه
تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف
الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه
لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته
وولده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه
حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امراة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة
للغرماء قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي

لا بد له

حبس الحاكم

حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل
بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك
ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض
في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا
عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه
فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع
يمكنه فيه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء
الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه
ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد
باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم
بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء
وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما
يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعنده لا يتحقق القضاء
بالافلاس لان مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق
الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة
اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا
اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر
دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره
لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان
يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار
الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه
الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله
داره فح يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المراة لا يلازمها
لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكنه يبعث امراة امينة تلازمها قال ومن افلس
وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال
الشافعي يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز
المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم
المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا
ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت

حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين
يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم
لان الاستبدال ممتنع فاعطي العين حكم الدين

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك
يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز
وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين
برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا
لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده
يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم
الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا راى عبده يبيع عينا ويشتري
فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله ولا فرق بين ان يبيع عينا
مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من
رآه يظنه ماذونا له فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن
المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة
اذنا عاما جاز له التصرف في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له
اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس
فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى
بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا
لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من
ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار
كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع
المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على
الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال
للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل
السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن
ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانهما ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض
ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة
لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عم
الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها

لانه

لانه من عادة التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول لا يملك
العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله
فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به و
والرهن لانه يحبس فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر به ويحصل به
المقصود وهو الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع منها دون غيره
فهو ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي رح لا يكون ماذونا الا في ذلك
النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن
توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو
الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه كالمضارب ولنا
انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص
بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته
وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة
وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون
لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه
لو صار ماذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادّ الي الغلة كل
شهر كذا او قال ادّ الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالتكسب
او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير
ماذونا في الانواع قال واقرار الماذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع
لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته
ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته
يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة
لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج
مماليكه وقال ابو يوسف رح يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه
اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك
تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة
عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة
المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى
ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى
المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك

الكتابة فالاعتاق أولى ولا يقرض لأنه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير
عوض وكذا لا يتصدق لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء
فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة قال إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف
من يطعمه لأنه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور
عليه لأنه لا إذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف
أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام
فلا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به
المولى قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير
كالرغيف ونحوه لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله أن يحط من
الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لأنه من صنيعهم وربما يكون الحط أنظر له من
قبول المعيب ابتداء بخلاف ما إذا حط من غير عيب لأنه تبرع محض بعد تمام العقد وليس ذلك
من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لأنه يحتاج إليها على ما بيناه وله
أن يؤجل في دين وجب له لأنه من عادة التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع
للغرماء إلا أن يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع ويباع كسبه في
دينه بالإجماع لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال
قد كان له وذلك في تعلق الدين بكسبه حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له
لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية
لا يتعلق بالإذن ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى
فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا
لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل
على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في
ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه برقبته فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب في
الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى
من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها
كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمان المغصوب والودائع والأمانات
إذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده
إلى الشراء فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقه
بالتركة فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم
وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع أو دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق

لأن الناس لا يرغبون في المعاملة معه إذا كانت الديون متعلقة برقبته

قوله فيلحق به لأنه لو لم يكن [illegible] مضافا إلى الشراء [illegible] ووجب العقر حكم [illegible]

دينه

دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لأن المولى
إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى
من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين لأنه
لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم
الضرورة فيها وتقدم حقهم قال وإن حجر عليه لم يصر محجورا حتى يظهر حجره بين أهل سوقه
لأنه لو انحجر لتضرر به الناس لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه
وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في
السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لا ينحجر ولو بايعوه جاز وإن بايعه الذي
علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر
واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل
عليهم السلام ويبقى العبد مأذونا إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إلى أن يعلم بالعزل وهذا
لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وإنما
يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعا أما إذا لم يعلم به إلا العبد
ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر قال ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب
مرتدا صار المأذون محجورا لأن الإذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى
لدوامه حكم الابتداء هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي تنعدم
بالموت والجنون وكذا باللحوق لأنه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال وإذا
أبق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى مأذونا لأن الإباق لا ينافي
ابتداء الإذن فلا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا أن الإباق حجر دلالة
لأنه إنما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء
الإذن لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب
لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال وإذا ولدت المأذونة من
مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر وهو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر
أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر بخلاف الابتداء لأن الصريح قاض
على الدلالة ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون لإتلافه محلا تعلق به حق
الغرماء إذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر
من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر إذ العادة
ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما أيضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه
في أم الولد قال وإذا حجر على المأذون فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة رحمه الله

ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضي مما في يده و
قال ابو يوسف ومحمد رح لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان هو الاذن
فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما
اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح
اقراره في حق رقبته بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون
فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها
عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان
يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل
باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك
على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل
البيع قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق
من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه
وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطء الجارية
المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا
للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما يثبت نظرا
للعبد وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك
الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول به فلا يخلفه فيه واذا عرف
ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق
حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما
فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليل فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع
بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق
يمنعه قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان
عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي
عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته
حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص
باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد رح
ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء
نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع
لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي

بالمحاباة

بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر بها لان البيع
باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه
تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها
وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا
عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد
المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو
آذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذا التفريع
على اصلهما قال وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى
اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع لانه
مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد
ان لم يكن وهذا التمكن وصحة التصرف يتبع الفائدة فان سلم المبيع اليه قبل
قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد
سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان
الثمن عرضا لانه يتعين فجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه
في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان
اخص به من الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق
بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او ينقض البيع كما
بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق
المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن
لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي
من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى
الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته
ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون
لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع
فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال فان باعه المولى وعليه دين
يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته
وان شاء ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه
الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض
والتغييب فيخيرون في التضمين وان شاؤوا اجازوا البيع واخذوا الثمن

لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون قال فان ضمنوا
البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق
الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار
كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ورد عليه بالعيب كان له ان يرد
على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل
واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء
من الرقبة ولكل منها فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع
يفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن
فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال
فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر
الدين وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح المشتري خصم
ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها
وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما
مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف رح انه يدعي الملك لنفسه فيكون
خصما لمن ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ
قضاء على الغائب قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد فلان فاشترى
وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل
عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره
والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس
الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص
حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو
ماذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول له
لانه متمسك بالاصل

فصل

واذا اذن ولي الصبي في التجارة فهو في
البيع والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه
وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه
حتى يملك الولي التصرف ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار
كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا
الوصية على اصله فتحقق الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء
يتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله

في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات
والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي
وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل
الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض
كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع
والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه
على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي
في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف
صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالبا
للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد الماذون يفيد ان ما يثبت في العبد من
الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والماذون يتصرف باهليته
نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا
بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه
في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في
العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن
الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال
فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه
يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط
ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد
فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطاء موضوع قال ومن غصب شيئا له
مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان
مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة
الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم
يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح
يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته
يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رح ان الواجب المثل في الذمة وانما
ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رح ان النقل

لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه فله ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وعلى الغاصب رد العين معناه ما دام قائما لقوله عم على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يضمنه وهو قول ابي يوسف رح الاول وبه قال الشافعي رح لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هنالك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقصه منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف

في الغصب هو الصحيح قال واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض ويأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان شاء الله قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك المغصوب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا اجر المستعير المستعار لابي يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه والضمان ظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان بحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه يحتاج اليه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلثة آلاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما

خلافا لأبي يوسف رحمه الله وقد مرت الدلائل وجوابها في الوديعة أظهر لأنه لا يستند
الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم
هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة أما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب
اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها
أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق
إطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي لأن الإشارة إذا كانت
لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له
قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين
والمضاربة قال وإن اشترى بالألف جارية تساوي ألفين فوهبها
أو طعاما فأكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لأن الربح إنما يتبين عند
اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

وإذا تغيرت العين المغصوبة
بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه
عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها
كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه
سيفا أو صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك
وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان
عنده لأنه يؤدي إلى الربا وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه
يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته له
أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما إذا ذهبت الريح في الحنطة
وألقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك
على ما عرف فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار كما إذا ذبح الشاة
المغصوبة وسلخها وأربها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا
من وجه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة
قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا
للملك من حيث إنه محظور بل من حيث إنه أحدث الصنعة بخلاف الشاة لأن
اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع
عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحسان
والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمه الله وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله
رواه الفقيه أبو الليث رحمه الله ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه

أو باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها
أطعموها الأسارى أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع
للغاصب قبل الإرضاء ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء
حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك
الفاسد وإذا أدى البدل يباح له لأن حق المالك صار مستوفى بالبدل فحصلت
مبادلة بالتراضي وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به وكذا إذا أدى بالقضاء
أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضي إلا بطلبه وعلى هذا
الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أن عند أبي يوسف رحمه الله
يباح له الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه
بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق
بالفضل عنده خلافا لهما وأصله ما تقدم قال وإن غصب فضة
أو ذهبا فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها
عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه
مثلها لأنه أحدث صنعة معتبرة صيرت حق المالك هالكا من وجه ألا ترى
أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات
والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باق من كل وجه
ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الأصلي الثمنية وكونه موزونا وأنه
باق حتى جرى فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة
دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لأنه لا قيمة لها عند
المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها
ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رحمه الله للمالك أخذها والوجه من الجانبين
قدمناه وأخرنا أنه يجبر بالقيمة فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن
جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه
أبو جعفر إنما لا ينقض إذا بنى في حوالي الساجة أما إذا بنى على نفس الساجة
ينقض وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح قال ومن ذبح شاة
غيره فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه
نقصانها وكذا الجزور وكذا إذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية ووجهه
أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل
وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت

أي لا فيما ذهب إليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه لا إلى خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه

الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها
لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع
ارش المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق
ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قايم من كل
وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه
ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه
ومعناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب
من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قايم ثم اشارة الكتاب
الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض
العين وجنس المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه
النقصان لان محمدا رح جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفايت به
بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء
والغرس وردها لقوله عم ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب
الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد
للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه
فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس
مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا
معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض
بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يامره بقلعه
فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن
فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمهما
للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رح
في الثوب لصاحبه ان يمسكه وياخذ الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن
اعتبارا بفصل الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز
متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه
صاحب الاصل بخلاف الساحة بني فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ
فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ
ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة في اصل المسألة
ان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه

[هامش: وتبعيض العين وبعض المنفعة صح]

لان له

لان له ان لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعينت رعاية الجانبين في البيع وتاتى هذا فيما
اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من
ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل
يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد بالمثل
سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رح
وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه
السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير
هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت
بالصبغ الى عشرين فعن محمد رح انه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة
خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احد الخمستين جبرت بالصبغ

فصل

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رح
لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا
انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه
دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ
التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول في القيمة قول الغاصب
مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان
يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان ظهر العين
وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول
الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء
المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه
فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم
رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت
العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في
ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قال الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه
حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوت الرضاء قال ومن غصب عبدا فباعه
فضمنه فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه
ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد
والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال وولد المغصوبة
ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه

[هامش: لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة فاستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاصا فيرجع بالباقي ط]

[هامش: قوله نعم جواب عما يقال هو قابل للنقل لجواز بيعه بفسخ القاضي التدبير]

إلا أن يتعدى فيهما أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزوائد حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع وإنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالإعانة والإشارة فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فإن كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما إذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبالولد وفاء وصار كما إذا جز صوف شاة أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطع يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا إذا ماتت الأم وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ لا تفضي إليه غالبا وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لأن سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الأمة أيضا لهما أن الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما إذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت في يده أو زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه

ولكن

ولكن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق في المذهبين بينهما إذا عطلها أو سكنها وقال مالك إن سكنها يجب أجر المثل وإن عطلها لا شيء عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والإنسان لا يضمن ملكه كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإتلافها لأنه لا بقاء لها ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم بأنها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال وإن أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن وإن أتلفهما المسلم لم يضمن وقال الشافعي لا يضمنهما للذمي أيضا وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمي على ذمي أو باعهما الذمي من الذمي له أنه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في الأحكام فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الإلزام وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين تمولهما إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن كانت من ذوات الأمثال لأن المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه إعزازا لها بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين ذميين لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لأنا ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف

بالدين ويخالف متروك التسمية اذا كان المبيح له ولانه المخاجة ثابتة قال فان
غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير
شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول
اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه
بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة
غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل
بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب وكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل
بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير
مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه
كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة وقالا
يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع
اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله
لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان
له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد
الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد
الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا
فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس
اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في
الاخذ منه ثم الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة
لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه
فكان حقا له والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه
فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك
والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي
والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة
ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل
ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك
عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن
رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة
جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير

مدبوغ

مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب
ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف
الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغ
تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر
بالقاء الملح فيها قالوا عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما
اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا ان يعطي مثل
وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ
الجلد ولو استهلكه لا يضمنه عند ابي حنيفة خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها
بالقاء الخل فيها فعن محمد ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه
لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه
خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيليهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله
ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط
استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن
بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره
وبعض المشايخ اخذوا بجواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان يأخذ الخل
في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت
فيه اقوال المشايخ وقد اثبتناها في كفاية المنتهى قال ومن كسر لمسلم بربطا
او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء
جائز وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها
وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف
الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف والفتوى في
الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب
نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة روايتان في
التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه
فعل ما فعل آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام
ولابي حنيفة انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل
فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط
التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى
الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم ويجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية

والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير
صالحة لهذه الامور كذا هنا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل
لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف
على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال ومن غصب ام
ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة
وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير
متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا
الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها
من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم
للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق
الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عم الشفعة
لشريك لم يقاسم ولقوله عم جار الدار احق بالدار والارض ينتظر وان كان غائبا
اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عم الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه
قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رح لا شفعة بالجوار لقوله عم
الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق
الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه وقد
ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه ولان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل
دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد
وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا
لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة
المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل اولى لان الضرر في حقه
بازعاجه عن خطة ابائه اقوى وضرر القسمة مشروع فلا يصلح علة لتحقق ضرر غيره
واما الترتيب فلقوله عم الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك
في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة
في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك
والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس
للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم
قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذ بها الجار لما بينا من
الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة

اخرى وعن ابي يوسف انه مع وجود الشركة في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى
لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق
التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع
قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على
الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رح
لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا
حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه والطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص
ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح
وعن ابي يوسف رح الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك
فهو عام فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة
فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان
بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرناه في ادب القاضي ولو كان
نهرا صغيرا ياخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون
الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة
في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق قال والشريك
في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا واذا اجتمع شفعاء فالشفعة بينهم
على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رح هي على
مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل منفعته
فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق
وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق
كل الشفعة وهذا اية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح
بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره
لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه
فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب
في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضي بها بين الحضور على
عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى للحاضر بالجميع ثم حضر اخر يقضي له
بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم
الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي
بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة

تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه
والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها
ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان
كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه
حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته
فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا
بالاشهاد قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك
للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في
الهبة ويظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها
الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا يورث
عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة
لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال
على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم
الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه
طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته
لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه
فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن
محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه
لما ثبت له خيار التملك لا بد من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه
البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان
الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث
لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم
بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض
والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة
والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى
ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال
طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع
بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد
عدل عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا

او صبيا او امرأة والاصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما
تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف
ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني
طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرناه
ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج
بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه
يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري
او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل
واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان
الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون
خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان
فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها
الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده
لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتمليك وسنذكر
كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب
عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد ان تركها شهرا
بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن
ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل
شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك
على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة ابدا يتضرر به
المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر
لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر
المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه
وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان الشفيع
غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة
قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي
فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة
سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة
البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا يكفي للاثبات للاستحقاق قال رضي الله عنه

لان الشفعة تستحق بالخليط في نفس المبيع وبالخليط في حق المبيع وبالجوار وهي مختلفة

سال القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه
ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك ساله عن سبب شفعته
لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه
على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا
وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة استحلف
المشتري بالله ما نعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه
ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم
فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه الدار التي يشفع بها وثبت الجوار
فبعد ذلك ساله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع
قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال
فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في
هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب
وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله تعالى
وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة
وفي مثله يحلف على البتات قال ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع
الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية
الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى
مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه
فكذا لا يشترط احضاره واذا قضى بالدار فللمشتري ان يحبسها حتى يستوفي
الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن
فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها
تاكدت بالخصومة عند القاضي قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله
ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة
حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة
عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من
حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع
لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة
الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره

يقضي

يقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع
قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر
انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه المشتري
منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده
حيث يكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض
المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله
قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة
من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد
ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على
ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك
قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان
البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن
رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري
شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة المال
بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بالبراءة من المشتري
ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاط حقه

فصل في الاختلاف

قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان
الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول
المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه الاستحقاق
الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص ههنا
فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري
من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ
بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا
بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل
لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد
واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك
القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك الا بفسخ الاول
اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات

وكذلك اذا كان البائع وكيلا للغائب فللشفيع ان ياخذ منه اذا كانت في يده لانه عاقد صح

التخريج لجواب

للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها
الشفيع بما قال البايع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على
ما قال البايع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البايع
بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله ولان التملك
على البايع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ
الشفيع بقوله ولو ادعى البايع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان
الثمن ما يقوله الاخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع
على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان
حق الشفعة قال وان كان قبض الثمن اخذ بما قال المشتري ان شاء ولم
يلتفت الى قول البايع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين
وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان
نقد الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها
الشفيع بالالف لانه لما بدا بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت
الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف
لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين
وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يوخذ به المشفوع

قال واذا حط
البايع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط
عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد ويظهر في حق الشفيع لان الثمن
ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك
القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع
بتوفيق الله وان زاد المشتري للبايع لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة
ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير
الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها
بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته
لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات
الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه
فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال واذا
باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الاخر لانه بدله وهو من ذوات
القيم فياخذه بقيمته قال واذا باع بثمن موجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن

حال

حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن موجل
وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه موجلا وصف في الثمن
كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا
ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع او المبتاع وليس
الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف
الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن وصار
كما اذا اشترى شيئا بثمن موجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا
هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل
وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن موجل كما كان لان الشرط
الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال
وقد اشتراه موجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة
الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب ان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده
الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لقول ابي يوسف الاخر لان حق الشفعة انما يثبت
بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يودي الثمن
حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير
وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة
فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة
فياخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما
اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم
في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم
نصفها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل
فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة
الرطب كذا هذا

فصل

واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة
فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف
المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن
وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له
ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على
ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان فصار كالموهوب له

والمشتري شراء فاسدا

والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه يكلّف القلع وهذا لان في
ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه وجه ظاهر
الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له
الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق
المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف
الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة لانه حصل بتسليط من له الحق
ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى
فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع
استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه
بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها
او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء
والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف
انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو الظاهر
ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في
حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق
بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع
الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما
شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه
الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان
الفائت بعض الاصل وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار
بماله قال وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة
بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء
من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ
النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها
ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير
ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا
يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان
انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه
فيأخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فأثمر في يد

والمراد باعلى الضررين هو التكليف بالقلع والمراد بتحمل الادنى هو ايجاب الاخذ

النقض بكسر النون هو المنقوض مجمع

المشتري

المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في
ولد المبيعة قال وان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين
جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه
فلا يأخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته
قال وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء
من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن
موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان
مما لا يقسم وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت
دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عم الشفعة في
كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال
في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا
يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن
لقوله عم لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في
السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك
في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ
المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور
في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة
ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق
بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان
في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى
والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا او مكاتبا
قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط
الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال ولا
شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها دارا
او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما
تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب
الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها
الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها

الربع اي الدار والعقار اي الضيعة وقيل كل ما له اصل من دار او ضيعة

احترازا عن المعذور

اما اذا كان طريق العلو في السفل فتثبت الشفعة بالطريق لا من حق القرار لان شركة الطريق اقوى من حق القرار

كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة المال بالمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع لان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تبعا فيه قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتني عليه على ما مر

المعنى الخاص المطلوب في العتق ازالة التعبد المحققة واثبات اليد وفي الدم الحيوة فلا يتقوم بما يقام غيره

واذا اخذها

واذا اخذها ما في الثلث وجبت لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع واما بعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار احق به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي تشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي الماخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي تشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بيناه قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او بشرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد لا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو

بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بينا ولا تصح الرواية بالفتح
عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة
خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء
وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما يبطل به الشفعة

قال واذا ترك
الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه
عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة و
كذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد
اوضحناه فيما تقدم قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد
العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح
الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط
ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق
متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا
قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف
فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة
الشفعة في رواية وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية
في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا مات الشفيع
بطلت شفعته وقال الشافعي رحمه الله تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات
بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن
وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر
في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع
وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب
الشفعة بدونه وان مات المشتري لم يبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب
حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري
فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه
في حياته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت
شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه
ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا اسلم صريحا او ابرأ عن
الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه
يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له

العنين

ووكيل

وهو الشفيع

ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له
ومن ابتاع او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض
ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه باخذ الشفعة لانه مثل
الشراء وكذلك لو ضمن الدرك من البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا
باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة
له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشتري وط له الخيار كمن جانب المشتري
قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف فسلم ثم علم انها بيعت باقل
او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم
لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في
الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب
بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه
القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة
وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان
الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة
ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله
ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حق غيره ولو بلغه شراء
النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة
ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم
في ابعاضه والله اعلم

فصل

واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في
طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع حق الجوار وهذه حيلة وكذا
اذا وهب له هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال وان ابتاع منها سهما بثمن
ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع
جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع
السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه
ثوبا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار
قال وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر
قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع
الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع
يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة

بلغ

عند ابي يوسف رح ويكره عند محمد رح لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا
الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف رح انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى
هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة وهو قول محمد رح اصح ذكره الاسبيجابي في
زاد الفقهاء

مسائل متفرقة

قال واذا اشترى خمسة نفر دارا
من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة
اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض يتفرق
الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم
الشفيع مقام احدهم فلا يتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما قبل
القبض وبعده وهو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم
اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على
البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع
وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا التفريق
الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى
نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري
او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم
القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود
العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد
الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون
للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام
القبض الذي هو من تمام العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع
كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ
النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف رح
لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه انما ياخذه اذا
وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر
قال ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد
هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء
وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغير بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه
لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير
جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح هو على الشفعة اذا بلغ قالوا

وعلى

وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف
تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رح
انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر
فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب
بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون
النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما
لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها
بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح
بالاتفاق لانه لا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة
كثيرة فعن ابي حنيفة رح لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رح والله اعلم

الاخذ فلا يملكه

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عم باشرها
في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى
المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه
فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز
هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان
ياخذ نصيبه بحال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه
مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت
حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه
لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد
اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب
المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم
بطلب القسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن
الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر
القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد
ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما
يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس
عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان
منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم
قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين

لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من
بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مامونا
عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم
ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد
معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين
لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير
فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام يشتركون كيلا
تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت
فيرخص الاجر قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة وقالا على
قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان
وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة ان الاجر مقابل
بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر
فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل
بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف
وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر
لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع
قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها
عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد
ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها
بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في
قولهم ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك
والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث
والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد
الا انه يذكر في كتاب القسمة باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة
قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة
تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء
على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة
ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين
فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ

انه قسمها

اما العقار محصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار
عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم
تكن القسمة قضاء على الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسمه
بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال
رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان
واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها
لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل قول الكل
وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى
قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة
وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين
وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبيا يقسم
وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة
البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل ولو كانوا
مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك
خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث
ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الغائب فيما
في يده والآخر عن نفسه فصار القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك
الثابت بالشراء ملك مبتدا ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح
الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث
الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان العقار في يد الصغير لان القسمة
قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين
الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق
في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب
قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور
خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما
بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا
نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث
كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث
والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي

كانه حصه ينتفع بعد البلوغ لقيامه مقامه **فصل فيما يقسم وما لا يقسم** قال واذا
كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق
لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بينا من قبل وان كان ينتفع احدهم
والآخر يستضر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل
لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر
وذكر الجصاص على قلبه هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر
يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي
والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل
واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة
وفي هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما اما القاضي
يعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد
الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم
الجنسين بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل
تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي كل
موزون او مكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة
وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها او البقر او الغنم ولا يقسم شاة
وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت
بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا
واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين
اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين
او ثوب وربع ثوب بثوب وثلثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون
البعض وذلك جائز قال ابو حنيفة ولا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما
وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله
ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف
بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر
والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان
حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق
بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم
كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم

الصغار

الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من
جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا يصح
التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر
ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر
في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف
التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها
في قول ابي حنيفة وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى
هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة ونظرا
الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض
الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف
البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن
التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح
التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها
لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه
تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان
في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احداهما في الاخرى
والبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها
من كل واحد قال وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد
منهما على حدته لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين
وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت
لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او يبنى حرمة
الربوا هنالك على شبهة المجانسة **فصل في كيفية القسمة** قال وينبغي
للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة
ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء
لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون
لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة
على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا
ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم
الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل

ثلث جعلها اثلاثا وان كان سدس جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه مستوفى
في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب يفرز كل نصيب بطريقه وشربه
بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى
والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير
اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم
والدنانير الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك
ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر
في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف رحمه الله انه يقسم
كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء
في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فيدخل الدراهم
في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة
التزوج وعن محمد رحمه الله انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة
واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ
يرد للفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها
وهذا يوافق رواية الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر
او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه فليس له
ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر
وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع
حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر
الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق
في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك
بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى
غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه
ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء
هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة
وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز
وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص
بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع

وذلك

وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل فيه من غير ذكر ولو اختلفوا في
رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه
قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم ليتحقق الافراز بالكلية دونه وان
كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما
وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله
لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة
فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق فيما بينهما اثلاثا جاز وان
كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي قال
واذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على
حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد وقال
ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لمحمد رحمه الله ان السفل يصلح لما لا يصلح له
العلو من اتخاذه بئرا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق
التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان
الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في
السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذراع قال
ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رحمه الله ذراع بذراع
وقيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل
على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل اختلاف
معنى ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل
فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه
الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف
ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان
لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد رحمه الله ان المنفعة
تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة
والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول
ابي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد
ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف
السفل وثلثة وثلثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان ومعه
ثلثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فساوى مائة ذراع

من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلته مثله وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو والسفل المجرد لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما والقاسم القاضي وغيره سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه ولانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم

يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج فترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا وان اقامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة ورجع بحصته ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء

ثم استحق نصف المقدم فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وإن شاء
رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف
ما في يده وإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء
بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي يرجع بربع ما في يد
الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند أبي يوسف ما في يد
صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تنقلب فاسدة
عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن قيمة
نصف نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط رد
القسمة لأنه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء
بالتركة إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لأنه لا حاجة إلى نقض
القسمة في إيفاء حقهم ولو أبرأ الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين
محيط أو غير محيط جازت القسمة لأن المانع قد زال ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا
في التركة صح دعواه لأنه لا تناقض إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف
الصورة ولو ادعى عينا بأي سبب كان لم يسمع للتناقض إذ الإقدام على
القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهاياة

المهاياة جائزة
استحسانا للحاجة إليه إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة
ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة إلا أن القسمة أقوى منه
في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب
ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لأنه أبلغ في
التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم ويبطل المهاياة
لأنه أبلغ ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لأنه لو انتقض لاستأنفه
الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايا في دار واحدة على أن يسكن
هذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز لأن القسمة على هذا الوجه جائزة
فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط
فيه التأقيت ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد
أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا
يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهاياة قد تكون في
الزمان وقد تكون من حيث المكان والأول متعين هنا ولو اختلفا في
التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بأن يتفقا لأن

التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق
فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايا
في عبدين على أن يخدم هذا هذا والعبد الآخر الآخر جاز عندهما لأن القسمة
على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي أو بالتراضي فكذا المهاياة وقيل
عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لأنه لا يجري فيه الجبر عنده
والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لأن المنافع من حيث الخدمة قلما
تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما
تقدم ولو تهايا فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا
للمسامحة في إطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لأنه لا يسامح فيها
ولو تهايا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه
أما عندهما فظاهر لأن الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده
اعتبارا بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيه أصلا بالجبر لما قلنا
وبالتراضي لأنه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لأن بيع بعض
أحدهما ببعض الآخر جائز ووجه الظاهر أن التفاوت في المنافع يقل فيجوز
بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازا أما يكثر التفاوت في أعيانهما
فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند أبي حنيفة
وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الأعيان وله أن الاستعمال يتفاوت
بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في
دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا
يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايؤ في الاستغلال يجوز
في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز
ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت
في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوانات لتوالي أسباب
التغير عليها فيفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عليها
في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما إذا كان التهايؤ
على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ
حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على
الاستغلال في الدارين جائز أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة
أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق أن في الدارين معنى

الا بخلاف الاستغلال في الدار الواحدة

التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب
الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد منهما في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا
يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ
في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان
في العبد الواحد فاولى ان يمنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا
ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في
الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقايسان ولا يجوز في الدابتين عنده
خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين
فتهايئا على ان ياخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب
البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها
وهذه اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من
الاخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا
لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة
المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع
وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة
وقالا جائزة لما روي ان النبي عم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر
او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع
دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال
فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج
ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها
فلم تتحقق شركة وله ما روي انه عم نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار
ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم
وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عم اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق
المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم
يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان
البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل
الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللاخر الاجر
كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل
الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها

قوله بالثلث والربع احتراز عن جزء معين فانه لا يجوز بالاجماع

[illegible] اذا لم يثبت

على قوله

على قولهما شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل
دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به
لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض
او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا
للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس
بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط وما لا يعلم لا يستحق
شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط
عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج
بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا
للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة
اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة
لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان
كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استيجار
الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة
وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت لانه استاجره
للعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا
ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي
باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يجوز ايضا
لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب
العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان
منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام
بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان يجعل تابعة لها
بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل
وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض
والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه تتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به
الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز عند الافتراق فكذا لا يجوز
عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر
المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر
قابضا له باتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة على ما بينا

بعقد المزارعة وانما شرط في جميع العقود

العامل

او ان يكون الخارج بينهما نصفين تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لانه ينقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم تخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرطا لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرطا لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرطا لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت المزارعة فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح له اجر مثله

بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج ببذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استاجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات ولو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل كما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب في الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع

لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس
ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم
قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل
نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه
حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه
وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال
المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه
على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما
ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل
عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية
له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار
بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع
فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه
في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي
نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك
يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى
ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض
ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا
على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلث على ما بينا قال وكذلك اجرة
الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة
على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة
والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى
بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما
واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط
الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف رح انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل
للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي
هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي
والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر
الرواية كالحصاد والدياس واشباهه على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما

والمعاملة

والمعاملة على قياس هذا فما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ
على العامل وما كان بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو شرط
الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو
عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض
لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل او جذ التمر بسرا
او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجذاذ
بسرا فصار كما بعد الادراك

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رح المساقاة بجزء
من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا
والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رح المعاملة
جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة
اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة
في الربح دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة
اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف
العقار وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان
اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم
وقلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في
هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف
الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه
فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة
حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا
فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق
في الرطبة حيث تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت
في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط
جزء معين يقطع الشركة وان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا تخرج الثمر فيه
فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ
الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج
في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل
لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء
بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا

ولا شيء للعامل واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والنخل
لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد
عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا و
لو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان يكون معلولة لا سيما على اصله وليس
لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد
وكذا ليس للعامل ان يترك العمل من غير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب
البذر على ما قدمنا قال وان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمر تزيد بالعمل جاز وان
كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد
وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك
فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق
الحاجة الى العمل قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجا
رة الفاسدة فصار كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانه
في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل
ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة
رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الاخر ولو التزم
العامل الضرر يتخير ورثة الاخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه
قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بذلك في حصة
العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات
العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين
فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلث التي
بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق
مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في
الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض
على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول
سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره
بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا
لما بينا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة
على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق
قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر

فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر
قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض
العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة
ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك العمل هل يكون
عذرا فيه روايتان وتاويل احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون
عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة على ان يغرس
فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس
نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله
وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله
فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله
وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض
فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي
تخريجها طريق اخر بيناه في كفاية المنتهي وهذا اصحهما

كتاب الذبائح

الذكوة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس
من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماكول وغيره
فانها تنبئ عنها ومنه قوله عم ذكوة الارض يبسها وهي اختياري كالجرح
فيما بين اللبة واللحيين واضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن
والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول
وهذا اية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه
فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان
يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي
وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة
المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب
حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا
او مجنونا او امراة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل
لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا
والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي
والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا تؤكل
ذبيحة المجوسي لقوله عم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي

سلكوا مسالك اهل الكتاب

ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه
لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه
يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة
قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في
المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكوة
فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكوة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او
ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه
لا يحرم على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان
تركها ناسيا اكل وقال الشافعي اكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في
الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك
التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف
للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف
بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر انه يحرم ومن مذهب علي وابن
عباس انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا وقال ابو يوسف والمشايخ
ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه
لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او
لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان
كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في
الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي
وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهي حديث عدي بن حاتم الطائي
فانه عم قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل
الحرمة بترك التسمية ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول
في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع
والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد
وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا
يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية
في ذكوة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال
والرمي وهو على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال
دون الاصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى لو اضجع شاة وسمى فذبح غيرها

بتلك

بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال
ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى
بغيره صيدا لا يؤكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول
عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احديها ان يذكر موصولا لا معطوفا
فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال في الكتاب نظيره ان يقول بسم الله
محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران
صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة
بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد
رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول
مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا
لا بأس به لما روي عن النبي عم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك
بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود
جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو
قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل
في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمة الله دون التسمية وما تداولته
الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس في قوله تعالى فاذكروا
اسم الله عليها صواف قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس
بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عم الذكوة ما بين اللبة
واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه
فكان حكم الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ
والودجان لقوله عم افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلثة فيتناول
المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ الا انه
لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر
ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان
قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة وقالا لا بد من قطع
الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره
والمشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع
الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل ولم يحك خلافا وان
قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت

الروايات فيه والحاصل ان عند ابي حنيفه رح اذا قطع الثلث اي ثلث كانت يحل وبه
كان يقول ابو يوسف رح اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رح انه يعتبر اكثر كل فرد
وهو رواية عن ابي حنيفه رح لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود
الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف رح ان المقصود من قطع
الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم
اما الحلقوم يخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس
فلا بد من قطعهما ولابي حنيفه رح ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام
واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار
الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او
الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف
ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق وكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة
قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله
باس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رح المذبوح ميتة لا يحل لقوله عم كل
ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه
فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عم انهر
الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع
فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود
وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل
فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الادمي ولان فيه
اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة
والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة
لما بينا ونص محمد رح في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه
نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا باس وفي الحرمة يقول يكره او لم يوكل قال
ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عم ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء
فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته
وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عم انه رأى
رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات
هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس
كره له ذلك وتوكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض

في عظم

في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عم انه نهى عن ان تنخع الشاة اذا
ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان
يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع
ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل
ان ما فيه زيادة الالم ولا يحتاج اليه في الذكوة مكروه ويكره ان يجر ما يريد
ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب
وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة
الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال توكل ذبيحته قال
فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت
بما هو ذكوة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها
ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم توكل لوجود الموت بما ليس
بذكوة فيها قال وما استانس من الصيد فذكوته الذبح وما توحش من النعم
فذكوته العقر والجرح لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكوة
الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما يتردى
من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكوة الاختيار لما بينا وقال مالك لا يحل
بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز
وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي
الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في
الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا يحل بالعقر لانها لا تدفع
عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما
يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال
كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة
حل اكله قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر
والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره فالاستحباب لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع
العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى
في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل قال ومن نحر
ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر وهذا
عند ابي حنيفه رح وهو قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا
تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عم ذكوة الجنين ذكوة امه ولانه جزء من

روى عن محمد انه قال انما يوكل الجنين اذا اشعر وتم خلقه اما قبل ذلك فهو بمنزلة المضغة فلا يوكل اصح بقوله تعالى
حمولة وفرشا قيل الفرش الصغار من الاجنة والحمولة الكبار فعمم الله على عباده باباحة ذلك مبسوط

من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها وتنفس بتنفسها
وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها
فالجرح في الام ذكوة له عند العجز عن ذكوته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى
يتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكوة ولهذا يفرد بايجاب الغرة
ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود
من الذكوة وهو المميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم
عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا
فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا يفسد
باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال ولا يجوز اكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب
من الطيور لان النبي عم نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع
وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور
والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد
عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف
الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على
الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام
وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال ولا باس بغراب الزرع لانه
ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف
وقال ابو حنيفة لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف
انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور
والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عم نهى عائشة حين
سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة
من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما يكره الحشرات كلها
استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى
خالد بن الوليد ان النبي عم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي ان النبي عم اهدر
المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة وهو
قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا باس باكله لحديث جابر
انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم
خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج

الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن
بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم
في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث
خالد رضي الله عنهما والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة
تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل آلة
الجهاد قال ولا باس باكل الارنب لان النبي عم اكل منه حين اهدي اليه
مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه
الظبي قال واذا ذبح ما لا يوكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الادمي والخنزير فان
الذكاة لا تعمل فيهما الادمي لحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي
الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته و
طهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة
مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم
فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم
وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر شحمه حتى لو وقع
في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير
الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك
الميتة والزيت غالب لا يوكل وينتفع به في غير الاكل قال ولا يوكل من
حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة باطلاق جميع ما في البحر و
استثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي انه اطلق ذلك
كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل
وقوله عم في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء
اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى
ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عم عن دواء
يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على
الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى على السمك وهو
حلال مستثنى من ذلك لقوله عم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان
فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي منه وقال
مالك والشافعي لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل
بالحديث ولنا ما روى جابر عن النبي عم انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما

الى فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا ومنه البحر بالغطه الجر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قوله ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكوة وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ راسه ويشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما رويناه وسئل علي عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التامل يقف المتبحر عليها منها اذا قطع بعضها فمات فيحل الكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم بالحقيقة

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه ان محمد انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي ان الاضحية على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بيناه واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر

وقد مر في الصوم والوقت وهو يوم الاضحى لانها تختص به وسنبين مقداره ان شاء الله ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة ويروى عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا يجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا يجب عنه عبده وعن ولده الكبير وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح انه يضحي من ماله وياكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا تجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه اجزاه استحسانا وفي القياس لا تجزيه وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشريك وقت

البيع وانما يطلبهم بعده وكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن
لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد
عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رح انه يكره الاشتراك بعد
الشراء لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر كانا
لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال
ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار
الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه
قوله عم من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم
نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عم ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة
ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل
السواد ولان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتأخير في
حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي في نفيهما
الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى
لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز
الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج
المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط
بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف
مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط
بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم
يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم
وكذا على هذا عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة
في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة ايام بعده لقوله عم ايام
التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم
انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي
لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل
وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو
الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط
في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها
نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها

افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع
محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات
كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت
ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى للتضحية
تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر
لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا
فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد
فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء
والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عم لا تجزي في
الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة
البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجزي مقطوعة الاذن
والذنب اما الاذن فلقوله عم استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا
سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال
ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز
لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه
فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير
عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل
اجزأه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا
الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى
عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة وروي الثلث لقوله عم
في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا بقي
الاكثر من النصف اجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار
الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف رح اخبرت بقولي ابا حنيفة رح فقال قولي
هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف رح وقيل معناه قولي قريب
من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو
عن ابي يوسف رح ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد
العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها
قليلا قليلا فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة
وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى

الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف
قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود
وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمه اطيب وقد صح ان النبي عم ضحى
بكبشين املحين موجوئين قال والثولاء هي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف
لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت
سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان
الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رح انه
يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه
لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا يجوز لان مقطوع اكثر الاذن
اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب
قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا
عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء
لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه
ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعلى هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة
للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت
فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير
ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا
خلافا لزفر والشافعي رح لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به
اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا
بعد فوره عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح لانه حصل بمقدمات الذبح قال والاضحية
من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عم
ولا من الصحابة قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه
يجزي لقوله عم ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان
وقال عم نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو
خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر
في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة
ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من
جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا
نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها

فمات

فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان
شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان
البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت
جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد
وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى
ان النبي عم ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني
ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة
لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكرناه استحسان
والقياس انه لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رح لانه تبرع بالاتلاف
فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت
كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن
صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها
الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم
وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال وياكل من لحم الاضحية ويطعم
الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عم كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي
فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا ويستحب
ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما روينا
والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال
ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع
والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا باس بان يشتري
به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان
للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل
والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول
واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ولو باع الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به
الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عم من
باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع فجاز لقيام الملك والقدرة
على التسليم ولا يعطى اجر الجزار من الاضحية لقوله عم لعلي تصدق بجلالها
وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا
لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه

اللزوم واقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها
كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال والافضل
ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل
ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عم
لفاطمة قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها
كل ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس
من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت
بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان
افسادا قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزى
عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له
ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الاضحية في القياس وهو قول
زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح
شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان
انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في
ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من
يكون اهلا للذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعسى
ان يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها
فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به
قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه
ولعلمائنا من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن
حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر
المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر على الكانون والحطب
تحته وجعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه
او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه او ساق الدابة فطحنها
او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت
لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت
هذا فنقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا
فهي خلافية زفر بعينها وتتاتى فيه القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ
كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان

كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز
وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما
ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع
اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان
اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها
ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة
فضحى بها لانه يضمنها بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رح نصا ان كل مكروه حرام الا انه
لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح
انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها

فصل في الاكل والشرب

قال ابو حنيفة رح يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف رح
ومحمد رح لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف رح انه لا باس بها
للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيده
واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان
والتطيب في انية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عم في الذي
يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي
ابو هريرة بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلعم
واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه
تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين قال في الجامع الصغير
يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك
الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة
وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمراة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا باس
باستعمال انية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره
لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان
من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء
المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي
المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع
الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس
وقال ابو يوسف رح يكره ذلك وقول محمد رح يروى مع ابي حنيفة رح ويروى مع ابي يوسف

وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا
جعل ذلك في السيف والمسجد وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا
وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة
بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص
فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره
كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر
بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في
الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته
من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات
لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة
الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان يأكل منه معناه
اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في
الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان
الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن
عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج
وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه
ان يأخذها لانه لا فرق بينهما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها
لما قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات
الا العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها بين اجناس الناس فلو شرطنا
شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا
او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات فلا يكثر وقوعها
حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم
العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف
المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملات ولا يتهيأ له المعاملة
الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر
الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به
وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيها
قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول
لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة

الماء حتى اذا اخبر مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا
تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان اراق الماء ثم
تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة
اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم
لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء
لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات
ذكرناها في كتاب المنتهى قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء
فلا بأس بان يقعد ويأكل وقال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا
لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم
فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة
وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم
يكن مقتدى فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين
الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة في الكتاب كان
قبل ان يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم
يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد
الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لا يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه
لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب
وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج
وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما
رواه عدة من الصحابة منهم علي ان النبي عليه السلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى
ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم
الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلاثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير
لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاثة او اربعة اراد الاعلام
وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده والنوم
عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول
ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر
الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة
والتشبه بهم حرام قال عمر اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على

حرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنه مرفقة من حرير ولان
القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع
كونه نموذجا على ما عرف قال ولا باس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما
لما روى الشعبي انه عم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة
فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في اعين العدو لبريقه ويكره
عند ابي حنيفه رح لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي
لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول
على المخلوط قال ولا باس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في
الحرب وغيره لان الصحابة كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب
انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال
ابو يوسف رح اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز
باسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حرير وسداه غير حرير
ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم
والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب
اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك اثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم
الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام وروى رسول
الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منكم رائحة الاصنام
ورأى على اخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق
في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب
في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي
الله عنه ان النبي عم نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة
ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان
قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن
كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم
فاما غيرهما فالافضل ان يتركه لعدم الحاجة اليه قال ولا باس بمسمار الذهب يجعل
في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له ولا تشد
الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفه رح وقال محمد رح لا باس بالذهب
ايضا وعن ابي يوسف رح مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم
الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عم بان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفه رح

ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي
الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث
انتن قال ويكره ان تلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم
لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربه حرم
سقيه قال ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا
التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو
الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وصار كالتربع في الجلوس ولا باس
بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة
وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان النبي عم امر بعض الصحابة بذلك
ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل في الوطئ والنظر والمس والقبلة

قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية
الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي
وابن عباس رض ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف
كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة
لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على
انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفه رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن
ابي يوسف رح انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان
كان لا يأمن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عم من نظر الى محاسن امرأة
اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة فاذا خاف الشهوة لم
ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا شك
في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها
ولا كفها وان كان يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى
بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عم من مس كف امرأة ليس منها بسبيل
وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت
عجوزة لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة
وقد روي ان ابا بكر كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان
يصافح العجائز وعبد الله ابن الزبير استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله
وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان

لا يأمن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعريض على الفتنة والصغيرة اذا كانت
لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا
اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها ان ينظر الى
وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء
اداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء
الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى
قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة
الاداء ومن اراد ان يتزوج امراة فلا باس بان ينظر اليها وان علم انه
يشتهيها لقوله عم فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان المقصود اقامة
السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة
وينبغي ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا
يستر كل عضو منها سوى عضو المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان
ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل
النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال
الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رح لانه امارة المرض قال وينظر الرجل من
الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عم عورة الرجل ما بين السرة
الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا يثبت ان السرة
ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي والركبة عورة خلافا لما قاله
الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر
عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه
لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة عن النبي عم انه قال الركبة من العورة
وابدى الحسن بن علي سرته فقبلها ابو هريرة قال عم لجرهد وار فخذك اما
علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم
والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ
اخف منه في السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ
يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل من الرجل
يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل
الى ما ينظر اليه الرجل منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة في النظر
الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى

الرجل

الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان
كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها
ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر
وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق
اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا
اشتهت المراة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا وكانت
من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق
في جانب واحد قال وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من
الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا
الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رح ان نظر المراة
الى المراة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون
الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل
من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها
عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عم غض بصرك الا عن امتك وامرأتك
ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان
لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عم اذا اتى احدكم اهله فليستتر
ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر
وكان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال
وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس
والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها
والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم
مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق
والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والفخذ والبطن والجنب لانها
ليست مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان
واحتشام والمراة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه
المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف
ما وراءها لانها تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد
بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت
المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا بأس بان يمس ما جاز
ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية

بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة
الا اذا كان تخاف عليها او على نفسه الشهوة فح لا ينظر ولا يمس لقوله عم
العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة
الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عم
لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم
محرم منها وقوله عم الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما
الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال
فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما
اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا
فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا
وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا يصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب
يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره
الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم
اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب
كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر اذا رأى جارية متقنعة
علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر
الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة
الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في
الاماء ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة
والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة
فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب
والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة
قال ولا باس ان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا
ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا يباح النظر
في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان
اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس
بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه
بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد انها اذا كانت
تشتهى ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء
قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة الخصاء مثلة فلا يبيح

ماكان

ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا
المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه
بمحكم الكتاب المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز
للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك
هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان
الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم و
لا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل
خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم
سورة النور فانها للاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها
ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عم نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها
وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة
وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا
لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره
فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى
جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة
حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى
حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء
على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود
في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة
عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم
الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على
البائع لان العلة في الحقيقة ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون
البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن منه
يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب
استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء
والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على
المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطيها وكذا
اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ وادير الحكم على الاسباب دون الحكم لبطونها
فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزئ بالحيضة التي حاضتها

بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رح لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزئ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزئ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رح انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد رح اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رح قال ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد رح وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها وقول محمد رح فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن

يوثق به

يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عم كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانهم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما فليس له ان يجامع احديهما ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا كان او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما

ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه
او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عم عانق جعفرا حين قدم من
الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي انه عم نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن
المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة
في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا باس به بالاجماع وهو الصحيح قال
ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عم من صافح اخاه المسلم وحرك
يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

قال لا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة
وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد
الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع
فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع به مخلوطا ويجوز بيع المخلوط
وهو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في
الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة قال ومن علم بجارية انها لرجل
فراى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها
لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف
كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي
لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لم
يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم
يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها
منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه
وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها
الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها
وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم
يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون
مثله لا يملك مثل ذلك فح يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون
في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا
او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك
فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي
وان لم يكن له رأي لم يشتره لقيام الحاجز فلا بد من دليل ولو ان امرأة اخبرها

امرأة غاب زوجها فاخبرها رجل ان اصل نكاحها فاسد الم يسعها ان يتزوج بقوله وان كان ثقة فحفظ

جها

ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او غير ثقة واتاها
بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها
انه حق يعني بعد التحري فلا باس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ
بلا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس ان يتزوجها
وكذا اذا قالت المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر
ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول
وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو
اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا
او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل
وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من
الرضاعة لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر
بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت
المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها
ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ
فيه والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى
هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في
يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل
لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا
باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه
وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل
لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له
اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه
البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم
اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذا التلقي فاما اذا كان لا يضر
فلا باس به والاصل فيه قوله عم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به
حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان
يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه
حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عم
نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر

البلد فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات
كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف رح كلما اضر
بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رح انه
قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر
في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت
لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت تكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر
ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عم من احتكر طعاما اربعين ليلة
فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر
وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة
وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم
وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة
ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به
حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول
ابي حنيفة رح لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف رح
يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد رح كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء
المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر
العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان
يسعر على الناس لقوله عم لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق
ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق
به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل
عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه
مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان
ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة
حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي والبصر فاذا
فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة
لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن
باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر
طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق
لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام

الفتنة

الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبب الى المعصية وقد بيناه في السير وان
كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة
فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه
قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد
فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه
اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة
بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه
فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس
واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف
السواد قالوا هذا في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في
سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح
قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح
يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عم لعن في الخمر عشرا حاملها
والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من
ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال
ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا بأس
ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص
الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عم الا ان مكة حرام لا تباع رباعها
ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى
لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء
لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عم من آجر ارض مكة فكانما
اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله صلعم من احتاج
اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه
ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ به ما شاء
حالا فحالا ونهى رسول الله عم عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ
منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه
جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان
التعشير مخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا

لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال
ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه فصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب
وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح
يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي رح قوله تعالى انما المشركون نجس
فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل
اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا احتج مالك والتعليل بالنجاسة
عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عم انزل وفد ثقيف في
مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد
والاية محمولة على الحضور استيلاء او استعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم
في الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس
على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا بأس بخصاء البهائم وانزاء الحمير
على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وصح ان النبي عم ركب البغلة
فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة
اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان
النبي عم عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه
اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد
العز ولا ريب في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه
بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رح انه لا بأس به
وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه مأثور عن النبي عم روي انه كان في دعائه
اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك
الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط
في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه
لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر
وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر
فهو عبث ولهو وقال عم لهو المؤمن باطل الا الثلاث تأديبه لفرسه و
ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب
بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رح
ولنا قوله عم من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير
ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عم

ما الهيك

ما الهيك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط
لانه متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير
ابو حنيفة رح به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر
واجابة دعوته واستعارة دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم
والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس
من اهله وجه الاستحسان انه عم قبل هدية سلمان حين كان عبدا وقبل
هدية بريرة وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة دعوة مولى
ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها
ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء
الدراهم فبقي على اصل القياس قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه
يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار
انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح
والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة
الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير
منه وبيعه واستئجار الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ
والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع
فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره
ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط
والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب
مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق
قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في
حجرها ولا يجوز ذلك للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدام ولا كذلك
الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ
من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه
وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية
وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة
لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار فلا يكره في العبد تحرزا
عن اباقه وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي
مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء

قال عم تداووا عباد الله فان الله لم يخلق داء الا وخلق له دواء الا الهرم

الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام

قال ولا بأس برزق القاضي لان النبي عم بعث عتاب بن اسيد الى مكة و فرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته واذا كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ هو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في اخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنته وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد ولا بأس

بان يتزوج الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي اما لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك تشبيها لبطلان الانتفاع به

قال فما كان منها عاديا لا مالك له وان كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رح انه يشترط ان لا يكون مملوكة لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقة فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكها تكون لجماعة المسلمين ولو ظهر لها مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رح لان الظاهر

هذا اذا كان في بيت المال حلال اذا كان حراما لا يجوز له الاخذ منه جامع الصغير

ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رح ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لقوله عم من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة رح قوله عم ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد رح ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رح اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر او الخراج فاذا لم تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رض ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد له من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون

الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر
بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك
او حصد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها
من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او
ذراعين في الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل
احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها تكون تحجيرا وان سقاها
مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون
احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احياء
ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق
حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق
حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام
ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا
قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات
باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء
قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا
فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل
الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة يتحول الماء الى
ما حفر دونها وان كانت للناضح فستون ذراعا وهذا عندهما وعنده ايضا
اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن
اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته
للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت
الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق
على قبوله والعمل به اولى من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان
القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به
ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد
يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما
ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة قال وان كانت
عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما بينا ولان الحاجة فيه الى زيادة المسافة
لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه

لوجود الفعلين م

الماء ومن موضع يجري منه الى المزارع فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة
بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن
والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر
بما ذكرناه في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول
الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه
كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم
ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان حفر
آخر بئرا في حريم الاول فللاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني
فيه قيل له ان يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها
في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا
هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في كتاب ادب القاضي للخصاف
وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاول فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان
كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة
انه يجعل الحفر تحجيرا او هو تسبب منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه
وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان
حفر الثاني بئرا وراء حريم الاول فذهب ماء البئر الاول لا شيء عليه لانه غير
متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة دون جانب الاول لـ
سبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد انه بمنزلة
البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على
الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض
وهو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في
ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه
يحتاج الى حريم له يجذ فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد
الحديث قال وما ترك الفرات او دجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز
احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات
اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو
اليوم في يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة
الا ان يقيم بينة على ذلك وقال ابو يوسف ومحمد له مسناة النهر يمشي عليها
ويلقي عليها طينه وقيل هذه المسئلة بناء على ان من احيا نهرا في ارض موات

وطريق اصلاحها ان يكبس الاول اي يملأها بالتراب ... اذا ملأها بالتراب

باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا
بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء فلا يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء
الطين ولا يمكنه الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبير وله
ان القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البير عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه
فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم
ولا يمكن في البير الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فيتعذر الالحاق
ووجه البناء وهو ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر
والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب
الارض على ما نذكره ان شاء الله وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما ان الحريم
في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه
وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث
صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين
تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما
فيقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء
ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس
على انه ان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه
تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه
وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة
ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالا
لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه
ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما
اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان
عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف
ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين
فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يتفحش واما المرور فقد
قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة وقال الفقيه ابو جعفر آخذ
بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف
بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصل في مسائل الشرب فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بير

او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم اعلم
ان المياه اربعة انواع منها ماء البحار ولكل احد من الناس فيها حق الشفة وحق
سقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري منها نهرا الى ارضه لم يمنع من ذلك
والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به
على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات
للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيا واحد ارضا ميتة
وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة فله ذلك ولا يكون النهر في ملك
احد لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له
ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت
ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى
كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عم
الناس شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص
عنه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البير ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك
المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان
لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه
افضى الى حرج عظيم وهو مدفوع وان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان
لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو
ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار
مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه
شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز
وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع يده ولو كان البير او العين او الحوض او النهر
في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب
من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه
الشفة او تتركه يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا مروي عن الطحاوي وقيل
ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات فليس له
ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة
في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه او ظهره العطش له ان يقاتله
بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البير مباح غير مملوك بخلاف
الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة

ضفة النهر بالكسر جانبه

المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان يأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترد في كل وقت وصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشجر والجامع تفويت حقه ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا وخضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخيله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا بأس به لانه حقه فتجري فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه **فصل في كري الانهار** الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري وانه معلوم واما الثالث وهو الخاص فيه من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكنه دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك

لانه نهر تتم الكري

عليهم

اعارة بطن النهر بجري الماء فيه

عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه ومن اسفله واذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة شيء في الكري لانهم لا يحصون ولانهم اتباع **فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه**

ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له وانه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد وان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه

الجريان

الانتفاع بسقيها فيتعذر بعدها بخلاف الطريق لان المقصود ...

صفة النهر جانبه ... مشترك بينه وبين غيره ...

والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين
قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ بين قوم فاراد ان يقنطر عليه
ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك
اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر
بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر
ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان
يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول
الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في
الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل
والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى
فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق
فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان
كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان الكوى في النهر الاعظم
لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق
الاولى وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها
في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان
يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي
زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى وهو
نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن
هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص
وفيه كوى بينهما ان يسكر بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك
لما فيه من الضرر بالاخر وكذا اذا اراد ان يقسم النهر مناصفة بينهما لان القسمة
بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان
ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب
بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة
والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال
متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود والوصية بالباطل
باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت
من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك شيئا

الكوة الثقبة والجمع كوى

من العقود

من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته
وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعها باذن صاحبها
ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين
وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها
وباعها فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل
ارضه او مخرها ماء اي ملأها ماء فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت
ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة
وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب
اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر
ونقيع الزبيب اذا غلا واشتد اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع
احدها في بيان مائيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا و
هو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل
مسكر لقوله عم كل مسكر خمر وقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى
الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر و
لنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله
فيه وفي غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سميت
خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا
فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا
كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به بيان
الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا
الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة وعندهما اذا اشتد لا يشترط القذف
بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد
ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز
الصافي عن الكدر واحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل
وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث
ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة
عينها وقال ان السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله
وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين

وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا يزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انها مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له دين على مسلم فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي يؤديه عن ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد الاجماع من الصحابة وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه فهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم

ويدل عليه

ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد بها التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين قال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رحمه الله انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان اية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنه وابو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رحمه الله رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله حرام والكلام فيه

كما لكلام في المثلث العنبي نذكره ان شاء الله تعالى قال ولا بأس بالخليطين لما روي
عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت
اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من
الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه
وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب
والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء ونبيذ العسل
والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى
الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته
وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان
وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا
والاصح انه يحد فانه روي عن محمد رح فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا
لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق
ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن
الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل
لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى
لبنه وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد
وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ومالك رح والشافعي رح حرام وهذا
الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رح مثل
قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر
خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة
منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام
حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص
السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر
وهو حرام عندنا وانما حرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي
حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول
غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة
والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة
فحكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء

مطبوخا او غير مطبوخ

لبن الرماك يحل ... الاصح ... اذا ... منه ... الاصح

لان التلهي حرام ... حرام فهو حرام ايضا

على العصير

على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب
منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى
بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رح وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه
بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع
في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه
لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر
جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو
طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمرا او زبيبا ان كان ما انقع
فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ
من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى فيه تغليب جهة
الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ
الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت
فلا ترتفع بالطبخ ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير لقوله عليه السلام
في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا
ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان
ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا
فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رح لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند
ابي يوسف رح يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسألة ما لا ينعصر وقيل
عند ابي يوسف رح يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم
بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء
طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي رح يكره تخليلها ولا يحل الخل الحاصل به
قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له
ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا
قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت
صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح
مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب
لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال
يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها
من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه

معناه يذهب الماء اولا للطافته ... لا يذهب من العصير شيء او يذهب منهما الا ان على وجه التساوي بل الذاهب من الماء اكثر من الذاهب لكونه ارق والطف من العصير

والحنتم جرار خضراء كانت يحمل فيها الخمر والمزفت هو الظرف المطلي بالزفت وهو القير كأن الظرف

علم

خمر بأس إلا إذا جعل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا إذا صب منه الخمر ثم يملأ خلا يطهر في الحال على ما قالوا ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لأن فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو دبرة دابة ولا أن يسقى ذميا ولا أن يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر إليها أما إذا قيدت إلى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو ألقى الدردي في الخل لا بأس به لأنه يصير خلا لكن يباح حمل الخل إليه دون عكسه لما قلنا ولا يحد شاربه أي شارب الدردي إن لم يسكر وقال الشافعي يحد لأنه شرب جزءا من الخمر ولنا أن قليله لا يدعو إلى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الأشربة ولا حد فيها إلا بالسكر ولأن الغالب عليه الثفل فصار كما إذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر وإقطارها في الإحليل لأنه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لأنه أصابه الطبخ ويكره أكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير

الأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لأن الذي ذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه وأيا ما كان يجعل كأن العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة وأصل آخر أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه إن كان الماء أسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لأن الذاهب الأول هو الماء والباقي العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وإن كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لأنه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما إذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الأول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لأنه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلناه والغلي بدفعة ودفعات سواء إذا حصل قبل أن يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى يذهب الثلثان يحل لأنه أثر النار وأصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه

ثم تطبخ

ثم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان والسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية إلى تخريج غيرها من المسائل

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى وإذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسك على نفسه وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى إباحته انعقد الإجماع ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من إقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته والأصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن والجوارح الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه من حديث عدي واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد وعن أبي يوسف أنه استثنى من ذلك الأسد والدب لأنهما لا يعملان لغيرهما الأسد لعلو همته والدب لخساسته وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لأنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لما تلونا من النص الناطق باشتراط التعليم والحديث وبالإرسال ولأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بإرساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات وتعليم البازي أن يرجع ويجيب إذا دعوته وهو مأثور عن ابن عباس ولأن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن

الكلب بجهله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة
والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعلمه اما الكلب فهو الوف
يعتاد الانتهاب فكان آية تعلمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب
ثم شرط ترك الاكل ثلثاً وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان
فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعاً فاذا تركه ثلثاً دل
على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء
الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي
يقع امارة على التعليم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه هو الثلث فقدر
بها وعند ابي حنيفة رح على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على
ظن الصايد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهاداً
بل نصاً وسماعاً ولا سماع فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو اصله في جنسها
وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثاً وعندهما لا يحل لانه انما
يصير معلماً بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب
جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعلمه عنده
فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام
فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه المعلم
او بازيه وذكر اسم الله عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله
لما رويناه من حديث عدي ولان الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد
الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي و
وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسياً حل ايضاً على ما بيناه
وحرمة متروك التسمية عامداً في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب
ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تع وما علمتم من الجوارح
ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح
الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رح انه
لا يشترط رجوعاً الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا فان اكل منه الكلب او
الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم
وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي وهو حجة على مالك وعلى الشافعي
في قوله القديم في اباحة ما اكل منه الكلب ولو انه صاد صيوداً ولم يأكل منها

ثم اكل

[illegible]

ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده
حتى يصير معلماً على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود
التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس
بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز
في بيته يحرم عنده خلافاً لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل
فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد
فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز
لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيداً من وجه لعدم الاحراز فحرمناه
احتياطاً وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى اصلها فاذا
اكله تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول
المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان
صقراً فر من صاحبه فمكث حيناً ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به
عالماً فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم
الصيد ولم يأكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث
شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم
ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم يبق صيداً فصار
كما اذا القى اليه طعاماً غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه
ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس
شاة بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه
جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد
فقتله ولم يأكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه
واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها
يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل
ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة
الاصطياد فكان جاهلاً ممسكاً لنفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها
وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع البضعة منه فيدركه فالاكل
قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على
جهله وان ادرك المرسل الصيد حياً وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته
حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول

[illegible]

[illegible]

المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل
وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة
فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح
انه يحل وهو قول الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم
يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح
وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس
يتفاوتون فيها على حسب ثقافتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح
فادير الحكم على ما ذكر بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح
لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا
وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه لم
يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا
للشافعي رح لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكوة الاضطرار وهذا
اذا كان يتوهم بقاؤه واما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه
حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد
ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا
فلا يحل الا بذكوة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى وهذا
الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رح وكذا المتردية
والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة وعليه
الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رح
ان كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رح ان
كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه معتبر بهذه الحيوة على ما ذكرنا
ولو ادركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو اخذه يمكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في
حكم المقدور عليه فان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن
من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة
فالذكوة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رح
ذكوته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح وان ارسل
كلبه المعلم على صيد واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير ارسال
اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان المقصود حصول
الصيد اولا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط

اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل
يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بينا ولهذا
تشترط التسمية عنده والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين
بتسمية واحدة لان الثاني يصير مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية
اخرى حتى لو اضجع احديهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة يحلان بتسمية
واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان
مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب
اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله وقد ارسله
صاحبه كلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما
الى صيد فاصابه واصاب اخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به
صيد اخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه
للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد
فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث
زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكين لما بيناه في الكلب ولو
ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان اولا لا يؤكل
لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال وان خنقه الكلب
ولم يجرحه لا يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك
على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رح اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله لانه
جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض
سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان شاركه
كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه يريد به عمدا
لم يؤكل لما روينا في حديث عدي ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة
الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات
بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا
بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس
من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة
ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على
الصيد فاخذه وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل
دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف

الا اخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان ردّه عليه لانه لم يصر منهيا فيضاف اليهما واذا
ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر
الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما
هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه
ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم
يثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكوته كالمرتد
والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي فان لم يرسله احد فزجره مسلم
فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه
من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح
ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه فوقذه ثم
ضربه فقتله اكل وكذلك اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر
اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو
ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا
والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني
حصل على الصيد المعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف
ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا
ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف
انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا يثبت الاباحة في شيء
منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلده وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان
الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول
فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل
فيثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا يثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا
صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي
لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت
اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر
ولا يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه
التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري ناد هو ام لا لا يحل الصيد
لان الاصل فيه الاستئناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل

في رواية

في رواية اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا
فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب
اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع
البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه
قال وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل
الاول فلا نعيده ثانيا قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل
في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي
عن النبي عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض
قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان
الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في
طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه
لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله
في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به
جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما
بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في
جميع ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم
تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهي حرام بالنص ولانه احتمل
الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام
لعدي وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء
قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه
ففي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار
الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة
ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى
عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط
او آجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى
تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف
آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على
الارض كما ذكرنا او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة
فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة

الرمية ما رمي من الحيوان ذكرا كان او انثى مغرب

فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم وحمل مطلق المروي
في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي على ما اذا
اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم
يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا
اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل
وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء وما اصابه المعراض بعرضه لم
يؤكل لقوله عم فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه
لا بد له من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما اصابته
البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق
وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة
لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت
بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه
يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا يحل لانه قتله
دقا وكذا اذا رماه بها فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع
بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك ولعله مات قبل قطع الاوداج
ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم
الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح
والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين
كان الصيد حلالا وان كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان
وقع الشك ولا يدري مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه
بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض
السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه
ومات بالجرح فان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا
فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم
قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عم
ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت
كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح
شاة ولم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما
ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا

يؤيد بعض ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه
ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة
الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف
ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عم ما ابين من الحي فهو ميت
ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة
لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته
بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة
يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي
وعند زوالها لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال
فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان
من الحي صورة لا حكما يحل [illegible] وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون
في المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من
الحياة او تردى من سطح او جبل لا يحرم فتتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع
يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الرأس
يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه
اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه
لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث
وان تناول السمك وما ابين منه ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذي
رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا
الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج
لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا
ولم يبنه ان كان يتوهم الالتئام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة
سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود
الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم
ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف
النصراني واليهودي لانه من اهل الذكاة اختيارا وكذا اضطرارا قال ومن
رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو
للثاني ويؤكل لانه هو الآخذ وقد قال عم الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه
فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس

بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية
الاولى بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان
الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في
المذبوح كما اذا ابان راسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده
وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه
من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي
يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا معتبر عنده وعند
محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب
فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال
والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا
له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف
قال تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان
يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا
الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما
اذا قتل عبدا مريضا وان كان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري
قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا
بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد
نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو
متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى
ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية
الاولى صار بحال يحل بذكوة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي افسد عليه نصف
اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان
رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره
ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني
محرم كذا هذا ويجوز اصطياد ما يوكل لحمه وما لا يوكل فيه الجواب لاطلاق ما تلونا و
الصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت
فصيدي الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه
او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

الرهن لغة
حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن

استفاوه

استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة وبما
روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد
على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة
في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول
ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع
كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى
وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع
ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون
بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا
يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه
كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه
قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف انه لا يثبت
في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب
بخلاف الشرى لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء
والاول اصح قال واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه
لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء
سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود
لا يحصل قبله قال فاذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي
هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن
قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين
ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك
وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد
ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرضية الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا
قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا
عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك
الرهن واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في
كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا
الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف ولان الثابت
للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم

قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة قال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له
يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ
على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون
موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن الجحود مخافة
جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين
لحاجته او لضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر
بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه
ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء
الباقي من ديونه لانه لا يتصور والاستيفاء حقيقة بالمالية اما العين فامانة
حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن
لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب
عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء عليه وهذا يحقق الصيانة
وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن
صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق
الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على الاصلين هذين عدة من المسائل
المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهي جملة منها ان الراهن ممنوع عن
الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده
لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في اثناء المسائل
ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء
والاستيفاء يتلو الوجوب قال ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه
يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد
العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ هو دين ولهذا يصح الكفالة بها وان كان
لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر
قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا
لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من قيمته
ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا
لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر
ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدره
ويرجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون

بالقيمة

بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف يرجع
الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي قال يترادان الفضل في الرهن
ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا
بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود ولان يد المرتهن يد الاستيفاء
فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة
ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالترادّ
فيما روي حال البيع فانه روي انه قال المرتهن امين في الفضل قال وللمرتهن
ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه وان كان الرهن في يده لان حقه
باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء
الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم
واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء
فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء
على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم
الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع
والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي
وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب
لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما لا حمل له ولا مؤنة
ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان
كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل
والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به
زيادة الضرر فلم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد
او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن الدين لا يكلف المرتهن
احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه
ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه
وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي
يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف
احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك
ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين
وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته

في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة
خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن
وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا و
ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب
دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن
تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن
دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء
الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا
غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا انه لم يقبض شيئا ولو ان الذي
اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى
يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق
استيفاء الدين فلم يملك المطالبة به قال واذا كان الرهن في يده فليس عليه
ان يمكنه من البيع حتى يقبض الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقبض
الدين لما بينا ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي
البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه
زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم
استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق
فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له
حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على وجه الفسخ
لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده يسقط الدين
اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا
باستخدام ولا بسكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون
الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يواجر ويعير
لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان
متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه
وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال معناه ان يكون الولد في عياله
ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغيره
في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك
بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع

بقيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي ولو
رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون
فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه
مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة
فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان
وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلثة فتقلدها لم يضمن في
الثلثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين
في الحرب ولم تجر بتقلد الثلثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو
ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال
واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذا اجرة الحافظ
واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة
الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان
العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه
لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه
واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق
واجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام
بمصالحه وكل ما كان لحفظه لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن
مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله
عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته
ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد
الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا
اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر
المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة في يده والرد لاعادة
اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك
وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان
في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت
له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح
والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة

والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف رحمه الله يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي يجوز ولنا انه وجهان احدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وبالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام فلا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة وما يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم واما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطاري يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بينا ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن

قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخل دون النخيل ولا زرع في الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رحمه الله ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم

للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر

قال ولا يصح بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذا لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح

قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام

المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلوة
ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل
الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف
الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم
وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود
جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار
وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال ويصح الرهن
براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لان حكمه
الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيهما
مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث
المال وهو المضمون على ما مر قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون
بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا
باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف وراس مال السلم في مجلس
العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما
وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما
وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا
للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك
رهنا براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه
رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام
المسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع
واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله
ولو هلك يهلك بالثمن لما بينا وكذلك لو اشترى عبدا شراء فاسدا
وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك
بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم
الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية
في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا
بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت
الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة
لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون

لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية
حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن
خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم
ثم الراهن ان كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان
المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا
جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم
فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين قال ولو
اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا
او الخل خمرا او الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا
وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية
وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين
فالرهن مضمون وعن ابي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من
جنسه ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك
الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ
خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة
والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر انه
لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على
الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير
عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء
ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك
في يده ويصير الاب والوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه
بماله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه
قالوا واصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي
من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف
لا تقع المقاصة وكذا التوكيل بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى
عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه
او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور
شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في
هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه

الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل
محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر
الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير
ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير
وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا
باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان
استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان
الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم
فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان
والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن
ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه
اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه ولو كان الاب
رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته
الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان
الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه
وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب
حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي
وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي
متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي
لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم
لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي
والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله والمال دين على الوصي معناه هو
المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي
لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له
ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله
لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن
بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به
الدين اذا كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع
على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا

وان كانت

وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من
مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى
قدر الدين من القيمة الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين
فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده
ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه
غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن و
ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ
لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب
او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له
ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان كان قد حل
ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل
يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ منه دينه ويرجع الوصي
على الصغير بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه وكان محلا للرهن فان رهنت
بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه
لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة لان عنده يصير
مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف
جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة
وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رحمه الله معناه ان يكون قيمته
مثل وزنه او اكثر وهذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء
عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول
وزيادة عليه في الثاني فيصير مستوفيا بقدر الدين فان كانت قيمته
اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن
لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا
الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان
الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء
الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا
يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب
ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين فتعذر النقض

وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة
وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة
وفي هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد انه بقبض الزيوف استوفى من عينها
والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وبقبض الرهن يستوفي من محل
آخر وهو القيمة على تقدير امتناع الراهن عن الاداء فلا بد من نقض القبض
وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت
قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى
ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد
ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه
وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن
والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين
اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار
بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه
قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع
المقاصة وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين
بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه بان
يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا
من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذا عند محمد
لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه
الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثنا عشر عند ابي حنيفة يضمن جميع
قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة
ان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه
وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون
التابع امانة وعند ابي يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس
الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته
خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده يعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة
كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها
حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كان لا تعتبر
عند المقابلة بجنسها شرعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول تعرف

في موضعه

في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على ان يرهنه
المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس
والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه
القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحدهما ومثله يوجب فساد العقد وجه الاستحسان انه شرط ملايم
للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلايم الوجوب واذا كان
الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا او كان الكفيل غائبا حتى
افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان
غائبا فحضر في المجلس وقبل صح ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه
وقال زفر رحمه الله يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة
المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب
الراهن لما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي
بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به
فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة
الرهن رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى
ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب
رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة
في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضده
ذلك كفالة وقال زفر رحمه الله لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رحمه الله لان قوله
امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال
امسك بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما
مده الى وقت الاعطاء علم ان مراده الرهن **فصل** ومن رهن عبدين
بالف درهم فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة
كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل
الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار
كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد من عيني الرهن شيئا من المال الذي رهنه
به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له
وجه الاول ان العقد متحد ولا يتفرق بتفريق التسمية كما في البيع ووجه الثاني
انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا ترى انه

ولو قبل الرهن في احدهما جاز قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما
عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في
صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل
الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما بخلاف الهبة من رجلين حيث
لا تجوز عند ابي حنيفة فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق
الآخر والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين لان عند الهلاك يصير كل
منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى فان اعطى احدهما دينه كان
كله رهنا في يد الآخر حتى يستوفي دينه لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما
من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته قال فان
رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين
وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل
من غير شيوع قال فان اقام رجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه
رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته
انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد
يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء
بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي
الى الشيوع فتعذر العمل بهما فتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما
ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات في هذا وجه الاستحسان
لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا
يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة
الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان
قياسا لكن محمد اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل
لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة
على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول
ابي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفاء
حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل
للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه
في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع
لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح

فاقاما البينة تهاترت البينتان في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه لا يقبل الانقسام

على رجل واقاما البينة تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهما بعد الممات لانه
يقبل الانقسام **باب الرهن يوضع على يد عدل** قال واذا اتفقا على
وضع الرهن على يد عدل جاز وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ
لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم
القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة
وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل
منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك
في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن
ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق
حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في
يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة
ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين
ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن
بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما
وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا
في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكنهما يتفقان على ان
ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع
احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين
وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون
الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك
شخص واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه
لان العين لو كان قائما في يده ياخذه اذا ادى الدين فكذلك ياخذ
ما قام مقامه ولا جمع فيه بين المبدل والبدل قال واذا وكل الراهن
المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة
لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يخرج
الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا
من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم
اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل
بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة

ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله وكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله
المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن
لم يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل .
ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حياته بغير محضر منه فان مات المرتهن
فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه
واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه
مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره
وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي
كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها
لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري في
ما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضى الراهن
لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضا المرتهن لان المرتهن احق
بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل
وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما
ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل
فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني وهو ان فيه اتواء الحق بخلاف
الوكيل بالبيع لان الموكل يبيعه بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى
والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل
لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف
ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل
واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان
لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء
عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم
القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ
حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به مكانه
لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال وان باع العدل الرهن واوفى المرتهن
الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته
وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا
ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول

قوله في الوجهين يعني صار وصفا من اوصافه وفي العقد اقوا حقه

المستحق

المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل
لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء
لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن العدل
البايع ينفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه
واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه
وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة فينفذ البيع وصح
الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن
بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان و
نفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن
فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء
فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما
في يد المشتري فللمستحق ان يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري
ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من
حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل
بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة
فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء
رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب
نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين
كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على
العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبضه ولم يقبض فبقي
الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد
فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن ام لا لانه لم
يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن
اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقته عهدة لا يرجع به على
المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون
البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكره الكرخي رح وهو يؤيد قول من لا يرى جبر
هذا الوكيل على البيع قال فان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه
رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد
منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين

لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء، فان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من
القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه
انتقض قبضه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن
يرجع المرتهن عليه بعد الملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه
رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن
انى خازم القاضي والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور
بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل منه وبمثل ذلك
متأخر عن عقد الملك للراهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه
باعتبار القبض السابق على الرهن فليستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك
نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى والله اعلم **باب
التصرف في الرهن والجناية عليه** وجنايته على غيره قال واذا باع الراهن
الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن
فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله
يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجازه
المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن
دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفاذ والمقتضي موجود وهو التصرف
الصادر من الاهل المضاف الى المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل
حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار
كالعبد المديون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا
بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه
انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان
الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ
وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة
صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء
المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء
رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم
وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشترى قبل
القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا وكذلك هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم
باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على

اجازته

اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني
جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه
العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق
حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في
الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية
العين لا في المنفعة وكان اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول
فوضح الفرق قال فان اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال
الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن
فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل
حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة يبقى مدتها اذ الحر
يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو
تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق المشتري العبد المشترى قبل القبض
او اعتق الآبق او المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض
الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في
اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترى بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك
اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع
والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته
لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة واذا نفذ الاعتاق بطل
الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب
باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة
فيه وان كان مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل
الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه
بحقه ان كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به
الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة
المعتق يرجع على من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه تاويله
اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل فسنذكره ان شاء الله تعالى ثم
يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع
فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه
لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وههنا يسعى في ضمان على غيره

بعد تمام اعتاقه فصار كمخير الرهن ثم ابو حنيفة اوجب السعاية في المستسعى المشترك
في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون بشرط الاعسار لان
الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقة الملك الثابت للشريك
الساكت فوجبت السعاية ههنا في حالة واحدة اظهارا للتفاوت بين رتبته
بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع
الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس
اضعف لان البائع لا يملكه في الاخرة فلا يستوفي من عينه وكذلك يبطل
حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل
حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية
فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده
بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا
خلافا لزفر وهو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق
الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه
حال انقطاع الولاية قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا
فظاهر وعنده وكذلك لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة
فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما
للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان
المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما
على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن
المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث
يسعى في الاقل من القيمة ومن الدين لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس
الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة
ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما ادياه من مال المولى
والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان
مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر
العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضي به الدين ولو اعتق الراهن المدبر
وقد قضي عليه بالسعاية ولم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد
العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى
قال وكذلك لو استهلكه اي الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف

والضمان

والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو
الخصم في تضمينه فياخذ القيمة فيكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال
قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته
يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم الرهن الفا غرم
خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة
الزائدة كانها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم
الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر
عند الهلاك واذا استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك
الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا
حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم
ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن
فان نقصت القيمة عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن
الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص
كالهالك وسقط من الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض
السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف
قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج
من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد
الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى
يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا يرى انه لو هلك
الراهن قبل ان يرده الى المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا
لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل
حال الا يرى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا
بالهلاك فاذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في
عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الاخر
سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل
منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها
احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا ولو مات
الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق
لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم

بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا
وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في
العمل هلك على ضمان المرتهن لبقاء يد الرهن وكذا إذا هلك بعد الفراغ
من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان
لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان
وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار
من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز لأنه متبرع
بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد وهو قضاء
الدين ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل
زوالا في حق البائع والإطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الإعارة
لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير أن يرهنه
بأكثر منه ولا بأقل منه لأن التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لأن غرضه الاحتباس
بما تيسر أداؤه وينفي النقصان أيضا لأن غرضه أن يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته
عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لأن كل ذلك
مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض وتفاوت الأشخاص في الأمانة و
الحفظ وإذا خالف كان ضامنا ثم إن شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن
فيما بينه وبين المرتهن لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه وإن شاء
ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق
وإن وافق بأن رهنه بمقدار ما أمره به وإن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر
فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك
ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لأنه صار قاضيا دينه بماله بهذا
القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لأنه برضاه وكذا إن أصابه
عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لما بيناه
وإن كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن
لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما
صار به مستوفيا لما بيناه ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه
جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع لأنه غير متبرع حيث
تخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما أدى فأجبر المرتهن على الدفع بخلاف
الأجنبي إذا قضى الدين لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ

ذمته وكان للطالب أن لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن
يرهنه أو بعدما افتكه فلا ضمان عليه لأنه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على
ما بيناه ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك
في حالة الرهن كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير لأن القول
قوله في إنكار أصله فكذا في إنكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو
أن يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى والقيمة
سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله
لأن سلامة مالية الرهن بالاستيفاء من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته
عنه ولو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن
بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن لأنه لم يستوفه وإن شاء ضمن المعير قيمته
لأن الحق قد تعلق برقبته وقد أتلفه بالإعتاق ويكون رهنا عنده إلى أن يقبض
دينه فيردها إلى المعير لأن استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار
عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم
رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا
ضمان على الراهن لأنه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فإنه كان أمينا خالف
ثم عاد إلى الوفاق وكذلك إذا افتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم
العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لأنه بعد الفكاك بمنزلة
المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى
الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول إلى
يد المالك أما المستعير في الرهن يحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند
الهلاك بتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لأنه
تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمالية يجعل المالك كالأجنبي في
حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما
وراء الثلث وفي العبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا القيمة ليشتري بها
عبد يقوم مقامه قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه أن يكون
الضمان على صفة الدين وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن
فيضمنه لمالكه قال وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما هدر
وهذا عند أبي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس
ما يوجب المال أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو كان

كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت
للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت
ولهما في الخلافية ان جنايته حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع
العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى
المرتهن فان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية
لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد
وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق
اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها اذ لا يتملك العبد وهو الفائدة
وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل
ليس في ضمانه فاشبه جناية عبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا تعتبر لان حكم
الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن
او على ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال
ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة
ثم قتله رجل خطأ وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء
عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط
الدين عندنا خلافا لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين
ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى
لا يثبت الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء
منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان
السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم
الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل
المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية
الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام
مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد المرتهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك
يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء او نقول
لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة
وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف
ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى
الربوا قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء

من حقه

من حقه ورجع بتسعمائة لانه لما باع باذن الراهن صار كان الراهن استرده و
باع بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك
هذا قال وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه الراهن بجميع الدين وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين
وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له
ان يد الرهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر
العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم
مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط
شيء من الدين عندنا لما ذكرنا وكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد في الخيار
ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيتخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض
والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يتخير المشتري والمغصوب منه كذا
هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام العبد الثاني مقام الاول
لحما ودما كما ذكرنا مع زفر وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير
رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان
الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان
مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد
يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا
خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك
ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع المرتهن على الراهن بشيء
من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى
المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك
في الرقبة له وانما ابى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء
يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار
الدفع سقط الدين لانه استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذا
ان فداه لان العبد كالحاصل له بعوض كان له على المرتهن وهو الفداء
بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن
بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج
من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء فان فداه فهو
رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته

فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل
للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن
كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان
دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل
شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن
لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد
اقل منه سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا
كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل
امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي
على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد
استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه
بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه
لان النصف منه امانة والنصف مضمون والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة
على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في
الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال
انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن
وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا
قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه لم يكن مضمونا
على المرتهن فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له
ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره
ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه
يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا
على ما روي عن ابي حنيفة انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله
ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من
دينه لان سقوط الدين امر لازم فداه او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا
ثم ينظر ان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين فان كان اقل سقط
من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف
كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا
بدينه كانه اوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فداه والراهن

حاضر

حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد والحسن وزفر المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره
فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن
فقد تبرع كالاجنبي واما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج
الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال
واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه
ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصي
وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب
ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي
ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين
فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه
لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان
قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو
لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويبيع في دينه لانه
يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل
جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات
نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل

ومن رهن عصيرا
بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن
بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما
والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا
فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة
ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها
فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا
حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل
القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بعد دباغ جلدها لان البيع ينتقض
بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على
ما بينا ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء
الرهن للراهن وهو مثل اللبن والثمر والصوف والولد لانه متولد من ملكه
ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان

وصيه

فان هلك هلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم
يدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء
افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم
الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك
اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب
الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه
الراهن لما ذكرنا وصورة المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في
كفاية المنتهي وتمامها في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها
عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب
وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط
والخطر لانه اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين
لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم
الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط
وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن
والفعل حصل بتسليط من جهته فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا
عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن
في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال ويجوز الزيادة
في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهنا بها وقال
ابو يوسف يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي لا يجوز فيهما
والخلاف معهما في الرهن وفي الثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في
البيع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في
البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل
العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب
الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع
في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا يرى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين
جاز وهذا الشيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين
لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد
الفسخ والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل
يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه الزيادة قصدية يقسم

الدين

الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت
قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين
الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين
اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما
يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت
المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد
رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله
زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على
قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم
عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال فان رهن عبدا
يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف رهنا مكان الاول
فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان
الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان
فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول
في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما
فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان
يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب
عنه كمن له على اخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة و
طالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد
القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل
وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض
يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن
الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شيء
استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود
كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه
الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا
اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت
والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن
في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء

ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء المتطوع ثم هلك الرهن
في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من
عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان الابراء يسقط الدين اصلا
لما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء
لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه قائم فاذا هلك
يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى
بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذا اذا احال الراهن المرتهن
بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى الابراء
بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه
او ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا
لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين
بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ
وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام
قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة
القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله
وهو استعمال الآلة القاتلة وكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك
المأثم لقوله تع ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية وقد
نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة والقود لقوله تعالى
كتب عليكم القصاص في القتلى الآية الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عم
العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة
المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا
لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضاء القاتل
وهو احد قولي الشافعي الا ان له حق العدول الى المال من غير رضاء القاتل
لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه
ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير
ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا
لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا
فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار

قوله بالسلاح سواء كان السلاح جارحا كالابرة والسكين والرمح او غير جارح والسيف والاشفى او لم يكن بل يعمل رضا كالعمود المنزلة الى غير ذلك

ولا يتيقن

ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة
فيه عندنا وعند الشافعي تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في
الخطأ فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة
فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى
لا يكون يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عم لا ميراث
لقاتل وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري
مجرى السلاح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح وهو قول الشافعي رح اذا ضربه بحجر
عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا
لانه يتقاصر به معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لانه يقصد به
غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث
لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عم
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان
الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة
من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان
شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على القولين
الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية
مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى
حدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية
عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ ان شاء الله تع ويتعلق به
حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص
دون حرمان الميراث ومالك وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه
ما اسلفناه قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا
يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل
وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية لقوله تع
فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلاث
سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في
نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في
حالة الرمي لان اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث
لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما لو تعمد بالضرب موضعا عن

جده فاخطاء واصاب موضعا اخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد
وجد بالعمد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجرى مجرى
الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع واما القتل
بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه ادمي الدية
على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت
الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطاء
في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم حقيقة فالحق به في
حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم
بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون
شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الالة
وما دونها لا يختص اتلافه بالة دون الة

باب ما يوجب القصاص

وما لا يوجبه قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا
قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التأبيد لتنتفي به شبهة
الاباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال
الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه
المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية
بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما
يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان
القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما
وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص
بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي لقوله عم لا يقتل
مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث
الشبهة ولنا ما روي عن النبي عم انه قتل مسلما بذمي ولان المساواة في
العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب لا كفر المسالم والقتل
بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده
والعطف للمغايرة قال رضي الله عنه ولا يقتل المسلم بالمستأمن لانه غير
محقون الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع
ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بيناه ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا
للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير

بالصغير

بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات
ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل
والتفاني ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عم لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه
حجة على مالك في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان
يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا
او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه الوارث والجد من قبل
الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من
قبل الاب او الام قربت او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط
قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب
لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان
القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة قال
ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل ان
كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على
المساواة ولنا قوله عم لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما
ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز
عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى
وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ارى في
هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك
ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها
منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء
للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي
الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك
اليمين يغاير حكم ملك النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص
وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث
ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رض في موته على نعت الحرية او الرق
بخلاف المسئلة الاولى لان المولى متعين فيهما وان لم يترك وفاء وله
ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ
الكتابة بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء لان عتق البعض
لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن

قوله لا يتجزى: اي لا يتقطع

فتحز رقبته

لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط
اجتماعهما يسقط حق المرتهن برضاه واذا قتل ولي المعتوه ولاب فلابيه ان
يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر
فيليه كالانكاح فله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس
ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا
والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على
نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء
القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك
الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه
المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد
الاب بخلاف القصاص لان المقصود منه التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك
العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا القياس ان لا يملك
الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد و
هو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
وانها خلقت وقاية الانفس كالمال على ما عرف وكان استيفاؤه بمنزلة
التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح
الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال
ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة وقالا
ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء
البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم
كما اذا كان بين كبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى
لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد
منهما كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب
ثابت ومسألة المولين ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه
بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال وهذا اذا اصابه بحد الحديد
لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي ح
اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما بينته
ان شاء الله وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب
الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل

هو بمنزلة

هو بمنزلة العصى الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة على
ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسألة
الموالات وله ان الموالات في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق
الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطاء العمد ويروى شبه العمد الحديث
ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالات قد تستعمل للتاديب او لعله
اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب
المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا
في البحر فلا قصاص عليه عند ابي حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي
غير ان عنده يقاد بما هو مشروع حزا وعنده يغرق لما بينا من قبل لهم قوله عم من
غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مراء
في العصمة وله قوله عم الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه
وفي كل خطاء ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر
استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه
يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمات ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور
الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح
غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد
اومأت اليه اضافته الى نفسه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على
العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا
عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم
ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين و
المشركين فقتل مسلم مسلما على ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان
هذا احد نوعي الخطاء على ما بيناه والخطاء بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة
وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على
اليمان ابي حذيفة قضى رسول الله عم بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا
مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عم
من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد
واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد
والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في
الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد رحه

يقتل ويصلى عليه وعند ابي يوسف رح يغسل ولا يصلى عليه وفي الكبير ذكر في الصلوة
عليه اختلاف المشايخ على ما ذكرناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا
فكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلثة اجناس
فكان النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه
ثلث الدية **فصل** ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عم
من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فيسقط عصمته ببغيه ولانه
تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فيقتله وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع
الصغير يحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب
دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا
او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا
فلا شيء عليه لما بيناه وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا
الصغير وان كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل
فكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا
قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال فان شهر
المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رح
لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رح انه يجب الضمان في الدابة
ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رح انه قتله دافعا للشر عن نفسه فيعتبر بالبالغ
الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف رح ان
فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى
لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق المالك فكان
فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما واتلف مالا
معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما
حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القتل بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ
لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب
الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى
القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا
بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة
فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عم قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل
دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتاويل المسألة اذا لم

والا فعليهم

يتمكن

يتمكن من الاسترداد الا بالقتل **باب القصاص فيما دون النفس** قال
ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر
من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة وكل ما امكن
رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل
فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك قال
وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة في القطع
قال ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع
فان كانت قائمة وذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما
قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة
حتى يذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة قال وفي السن القصاص
لقوله تعالى والسن بالسن مطلقا وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر
لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة يتحقق فيها
المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا
اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود وقال عم لا قصاص في العظم والمراد غير
السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان
بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال و
فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى
الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه
لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص
بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين
خلافا للشافعي رح في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف
بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع
فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله
بخلاف الانفس لان المتلف زهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص
في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش قال ومن قطع
يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن
اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر
فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع

شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له
غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان
يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس
بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي
مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء
له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط
بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش
لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلا فاستوعبت
الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء
اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان
الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفاء ما بين
قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق
المشجوج فينتقص فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير ايضا لانه يتعذر
الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس
وهي تاخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان
المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف رحمه الله
انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض
وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان يقطع الحشفة لان موضع القطع
معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه
لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كلها او بعضها لانه لا ينقبض
ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها
بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها
لانه يتعذر اعتبارها

فصل واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول على مال سقط
القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء
الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد
والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت
للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان
الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس
فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا

او موجلا

او موجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر
والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد وان كان القاتل حرا وعبدا
فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف
على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء
من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص
وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا
الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي
بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امراة
اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى
ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي
وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في
حق الارث او يثبت الارث مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع
فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة
سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى
بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب فيه قصاصان
من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما
واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى
راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم
يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان
بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت
يده خطا ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك
بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في
ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه
فيه لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب
والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد
جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان
حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول
منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات
بينهم وقيل يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات

والذي يتحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه
عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله
الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم
جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع
مع المنافي لتحقق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به قال ومن وجب عليه القصاص
اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني
ويتاتى فيه خلاف الشافعي رح اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع رجلان
يد رجل واحد عمدا فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح
تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انفصلت له الاعتبار
بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او نجمع بينهما جامع الزجر ولنا ان
كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزي
فيضاف الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى
ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل
في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف
الدية لان دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان
يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا
او على التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع في الاول وفي القران
يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن
بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما
استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص
ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو منه
فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع
العبد يمينهما على التعاقب يستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما وقطع
يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق
الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية
لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال
زفر رح لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر
بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضرته فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية
في حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان

حق

حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به قال ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى
آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول
عمد والثاني احد نوعي الخطا كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد
بتعدد الاثر

فصل

ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان
تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرئت
يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرئت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين
جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول
لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها
بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع
في هذه الفصول اما في الاوليين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين
لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطئين
يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفي بدية واحدة وان كان قطع يده
عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه
وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا تقطع يده لان
الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر
اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد
المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع
وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو
صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع
وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطئين لان الموجب
الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب
عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل
وضمان الجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان
قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة
ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان
بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت
ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف رح في مثله حكم عدل وعن
محمد رح انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له اثر
تجب حكومة عدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال

ومن قطع يد رجل فعفى المقطوع يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفى عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطاء فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفى عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن قطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان يجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطاء فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذن بذلك اطلاقه الا انه كان خطاء فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطاء فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطاء وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة فاذا سرى تبين انه قتل النفس

ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها وان كان القطع خطاء يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطاء والمهر لها قال وان تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر المثل لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا فان كان خطاء يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوايج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان يرجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم يكن تخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق الجواب في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود فاستوفى طرف من عليه وعن ابي يوسف رح انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين ان حقه في القود فلم يكن مبريا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفى وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برا او ما عفى وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه

قوله في الفصلين يعني التزوج على اليد وما يحدث من اليد وعلى اليد فقط

استوفى غير حقه لان حقه فى القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان
يجب القصاص الا انه يسقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب
المال وانما لا يجب فى الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون
مستوفيا حقه وملك القصاص فى النفس ضرورى لا يظهر الا عند الاستيفاء
والعفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لا يظهر لعدم
الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما
سرى فلانا تبين انه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفى وبرئ
الصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء
ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة
قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة
للنفس من كل وجه قال ومن له القصاص فى الطرف اذا استوفاه ثم سرى
الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابى حنيفة وقالا لا يضمن لانه
استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب
القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس فى وسعه فصار كالامام والبزاغ
والحجام والمامور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه فى القطع وهذا
وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة
فى مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب
المال بخلاف ما استشهد من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا
كالامام وعقدا كما فى غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة
كالرمى الى الحربى وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى
العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد والله اعلم

باب الشهادة فى القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام
الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابى حنيفة
وقالا لا يعيد وان كان خطاء لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما
على الآخر لهما فى الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين
وهذا لانه عوض نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك فى المعوض كما
فى الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد
الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص
طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت

والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك فى الاموال
كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات
ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان
اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفى فالشاهد خصم ويسقط القصاص
لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات
العفو على الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين
قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بيناه قال وان كان الاولياء
ثلثة فشهد اثنان منهم على آخر انه قد عفى فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما
لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان
صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما
فقد اقر بثلثى الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعى سقوط حق المشهود عليه
وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شئ لهما وللآخر ثلث
الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط
القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب
نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء
العفو منهما فى حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان
صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره
له بذلك قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى
مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة
وفى ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا
الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب
فراش حتى مات وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح قال واذا
اختلف شاهدا القتل فى الايام او فى البلدان او فى الذى كان به
القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يتكرر والقتل فى زمان او مكان
غير القتل فى زمان آخر او مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح
لان الثانى عمد والاول شبه عمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل
شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بالعصا وقال الآخر لا ادرى
باى شئ قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال واذا شهدا انه
قتله وقالا لا ندرى باى شئ قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا يقبل

ولكنه يعرف ذلك فى الثانى يدل
وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه
شئ لان ما ادعاه الشاهدان
للقاتل لم يثبت لانكاره وما
اقر به القاتل للمشهود عليه
قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان
لان القاتل بتكذيبهما
او للمشهود عليه بثلث الدية
لزعمه ان القصاص سقط
بدعواهما العفو على الغائب
وانقلب نصيبه مالا اذ الغائب
لما صدقه ان يتركه فى العفو
فقد زعم ان نصيبهما انقلب
مالا فصار مقرا لهما بما اقر به
القاتل له فيجوز اقراره
بذلك كمنزلة ما لو اقر احد
بالف درهم فقال المقر له هذا
الالف ليست لى ولكنها لفلان
جاز وصار الالف لفلان
كذا هنا صح

هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه او تأولوا كذبهم في نفي العلم بطلاق ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال وان اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا وقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة تناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره بالباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبريا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمى اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والقتل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال ومن رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه موجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما

الرمي

الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلنا ارغبات فيه فلا يجب به الضمان فلا يخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكوة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام في الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب للفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلونا ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ وابن مسعود قال في التغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضي بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال وفي قتل الخطأ تجب الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما قلنا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة

واخذنا بحكم

وهذا قول ابن مسعود واخذنا نحن والشافعي به لرواية ان النبي عم قضى في قتيل قتل
خطاء اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطاء
لان الخاطي معذور وعند الشافعي رح يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن
مخاض والحجة عليه ما ذكرناه ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة
الاف درهم وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الفا لما روي ان ابن
عباس قال ان النبي عم قضى بذلك ولنا ما روي عن ابن عمر ان النبي عم
قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما روي انه قضى من
دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية
الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة
ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر هكذا جعل
على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية
وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل
عرف بالاثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح
على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك
ثم قيل هذا قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة
على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي
الله عنه ومرفوعا الى النبي عم وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا يتنصف
وامامه فيه زيد بن ثابت والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص
من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس
فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم
والذمي سواء وقال الشافعي رح دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم
ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة
الاف درهم لقوله عم عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا
عشر الفا للشافعي رح ما روي ان النبي عم جعل دية اليهودي والنصراني اربعة
الاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا قوله عم دية كل ذي عهد
في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر وما رواه الشافعي لم يعرف
رواية ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه
ظهر به عمل الصحابة

فصل فيما دون النفس

قال وفي النفس الدية
وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية

والاصل

والاصل فيه ما رواه سعيد بن المسيب عن النبي عم انه قال في النفس الدية
وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول
الله لعمرو بن حزم والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال
او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه
النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء
رسول الله بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع
كثيرة فنقول في الانف دية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود و
كذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة
لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة
مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لفوات منفعة مقصودة
وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على
عدد الحروف (عدد كل حروف الهجاء) وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب حكومة
عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل
الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه تفوت به
منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج
الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة
اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع لها قال وفي العقل
اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في
معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان
كل واحد منها منفعة مقصودة (في الدنيا والآخرة) وقد روي ان عمر قضى باربع ديات
في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفي
اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال وفي
شعر الراس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي رح يجب فيهما
حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الراس كله
واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا
يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي
حلقها تفويته على الكمال فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الراس
جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر
والساق لانه لا يتعلق به جمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة انه يجب كمال

فان امكنه التكلم بنصف الحروف
وعجز عن النصف يجب نصف الدية
وكذا في الثلث والربع

ولو قطع الذكر والانثيين جميعا فان
صار مقطوعين بفعل معا فالواجب
ديتان وكذلك لو صار مقطوعين
على التعاقب ولكن كان قطع الذكر
قبل قطع الانثيين ولو كان على
العكس ففي الانثيين الدية وفي

القيمة وغير التبحر على الظاهر ان المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال
بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض
اطرافها ولحية الكوسج ان كان النابت على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء
في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد
والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان
متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد
المنبت فان نبتت حتى استوى كما كانت لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية
ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رح لا يجب شيء
في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد تجب حكومة العدل لانه ينقص قيمته وعندهما
يجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي الخطأ والعمد على هذا
الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رح (في حلق اللحية)
يجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين
الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين
الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عم قال وفي كل واحد من
هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عم لعمرو بن حزم وفي العينين الدية
وفي احديهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت
جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف
فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة
وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة
عدل لانه ليس فيه تفويت المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية الكاملة لفوات
جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احدهما نصف الدية لما بينا قال
وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه ان مراده الاهداب
مجازا كما ذكره محمد رح في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير
وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى
والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية
وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباع دية ويحتمل
ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها
ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال
وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عم في كل اصبع عشر

الشعر منبت
الاهداب

من الابل

معناه لو قطع اليمين والشمال خطأ يجب
نصف الدية وان كان في احدهما
قصور وهو الشمال

من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر
فيقسم الدية عليها قال والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها
سواء في اصل المنفعة فلا يعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع
الرجلين لانه يفوت بقطعها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيهما عشر
اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا قال وفي كل اصبع ثلاثة مفاصل ففي
احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع
وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل
لقوله عم في حديث ابي موسى رض وفي كل سن خمس من الابل والاسنان
والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات الاسنان
كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي
والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في

التفاوت

الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا
شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات
الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة
وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زال
الحدب فلا شيء عليه لزواله لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج
عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة
وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل
الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ
في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم
الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي
تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والامة وهي
التي تصل الى ام الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص
ان كانت عمدا لما روي انه عم قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن (وهي جلدة فوق الدماغ)
ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال ولا قصاص
في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه
ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة
وقال محمد رح في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن
اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب

فيسبر غورها بالمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق
استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها
ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو مأثور عن ابراهيم
النخعي وعمر بن عبد العزيز قال وفي الموضحة اذا كانت خطأ نصف عشر
الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية
وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان
ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عم قال وفي الموضحة
خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة
ويروى المأمومة ثلث الدية قال عم في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر
انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت
نزلت منزلة جائفتين احديهما من جانب البطن والآخر من جانب الظهر
وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح انه
جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم الدم فيها ويتسود وما
ذكرناه بدءا مروي عن ابي يوسف رح وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى
معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى
الدماغ وانما لم يذكرها لانه يقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة
بحكم على حدة ثم الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه
والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في
غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب حكومة
العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه
انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه لبقاء اثر الجراحة والشين
يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما
اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رح حتى لو وجد فيهما ما فيه
ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا
مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير
فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص
بالجوف جوف الرأس وجوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله
الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه الاثر ثم ينظر
الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف

عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار
هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما
لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه **فصل** قال وفي اصابع اليد نصف
الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية
ولان قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب
على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عم وفي اليد
الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش
بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية
وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه ان ما زاد على
اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في
اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد
على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف
والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى
ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا
للكف لانه تابع ولا تبع للتبع فان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع
واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه
الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين
لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه
فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان
البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل و
الترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب
ولو كان في الكف ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف
في قولهم جميعا لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت
الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال وفي الاصبع الزائدة
حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا
زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي ولسانه وذكره
اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رح تجب دية كاملة لان
الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود

من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك
والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان
المقصود منهما الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه
ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر
بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ
في العمد والخطاء قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش
الموضحة في الدية لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء فصار
كما اذا اوضحه ومات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت
يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل
كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رح لا يدخل لان كل واحد جناية
فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه قال
وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا
هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في
دية السمع ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون
النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته
عائدة الى جميع الاعضاء على ما بيناه وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن
فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا
موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رح قالوا وينبغي
ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية
في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع
او اليد كلها فلا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل
الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذا لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك
خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك
ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل
في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شج منقلة فقال اشجه
موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون
جنايتين مبتدائتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى
الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول وله
ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال

ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال
احدهما بالاخر فاورثت نهايته شبهة الخطاء والبداية بخلاف النفسين
لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع
لانه ليس فعلا مقصودا فان قطع اصبعا فشلت اخرى الى جنبها فلا
قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة وقالا وزفر والحسن رح يقتص
من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه ورواية
ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب
بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في
النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل
لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سراية
ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت
الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق
التسبيب الا يرى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب
بخلاف السراية الى النفس لانه لا يبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة
ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة
ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين ما بينا ولو قلع سن رجل
فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رح وقالا عليه
الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتداة من الله تعالى
وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت
لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن
ابي يوسف رح انه يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن
غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش
بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه
فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل
فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه
خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد
المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا
يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك القصاص
الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه

ظاهرا فاذا مضى الحول ولم ينبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انه خطأ ما
فيه والاستيفا وكان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال
ولو ضرب انسان سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي
سنة ثم جاء المضروب ليكون وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما
سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه
موضحة فجا، وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب
لان الموضحة لا يورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا
في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته
القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شئ على الضارب وعن
ابي يوسف انه يجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله ولو لم
يسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ولا
يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود
الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر ولو اصفر ففيه روايتان قال ومن
شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة
لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان
الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد اجرة الطبيب لانه
انما لزمه اجر الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان
ابا حنيفة يقول ان المنافع على اصلنا لا يتقوم الا بعقد او شبهة عقد ولم يوجد
في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرا منها
فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على
اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة ومن قطع يد رجل خطا، ثم قتله قبل البرء فعليه
الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو
الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فتدخل الطرف في النفس كانه قتله
ابتدا، قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرا وقال الشافعي رحمه الله
يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق
فلا يعطل ولنا قوله عم يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها
لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر
انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية
في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عم لا تعقل

العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال
وجب بالقتل ابتدا، فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد
فاشبه الثمن في البيع قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث
سنين وقال الشافعي رحمه الله تجب حالة لان الاصل انما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل
للتخفيف في الخاطي وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في
نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطا،
وشبه العمد وهذا لان القياس يابى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل
والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى
زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف
بها الجاني فهي في ماله فلا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى
المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون
خطاء وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا
والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد حتى يجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة
اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه
الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا يجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله
لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رض انه جعل عقل المجنون على عاقلته
وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطي لما استحق
التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف
ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم
العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد فصار كالنائم وحرمان
الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة
ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن
امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة والغرة نصف عشر الدية قال
معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية امراة وكل واحد منهما
خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شئ لانه لا يتيقن بحيوته والظاهر
لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي ان النبي عم قال في
الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس
بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة وهو مالك والشافعي وهي على
العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء

ولنا انه عم قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عم دية
حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل
لا تعقل ما دون خمسمائة ويجب في سنة وقال الشافعي يجب في ثلث سنين
لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد
بن الحسن انه قال بلغنا ان النبي عم جعل على العاقلة في سنة ولانه ان
كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث
الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق
التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر
من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على
من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا
ولان في الجنين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الادمية ولا تفاوت في الجنين
فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة قال وان القته حيا ثم مات ففيه دية
كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام
فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح انه عم قضى في هذا بالدية
والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات
فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القته
ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي يجب الغرة
في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية
ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها
فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه
فيرثه ورثته فلا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امراته فالقت ابنه ميتا
فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث الضارب منها لانه قاتل بغير حق مباشرة
فلا ميراث للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته
لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام
لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقداره من الاصل ولنا انه بدل
نفس لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان
الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف يجب ضمان
النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم لان الضمان في قتل
الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره فصح هذا الاعتبار على اصله فان حرر

فاعتق

فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات
بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة
دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي
السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا
الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما بينا من بعد ان شاء الله
قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة
احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة
فلا تتعداها ولهذا لا يجب كل الدية قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب
محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر الله مما صنع والجنين الذي
قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق
ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغيره
فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم
كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه
لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض
كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه
شيئا فكذا في الحق المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر
بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت
فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام
قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا
ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل
حال ولا يجوز التصرف الذي اضر بهم او لم يضر بهم الا باذنهم وفي الطريق
النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل
في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع
ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة
حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوهما فسقط
على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغل هواء
الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكر
في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر

الروشن الممر على العلو

بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه
عليه وان سقط الميزاب ينظر فان اصاب ما كان منه على الحائط رجلا فقتله فلا
ضمان لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط
فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في
الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه
الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع
وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع
جناحا في الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في
الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها وتركها المشتري حتى عطب بها
انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو
الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه وان حركته
الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لم يضمن لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم
ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته.
ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا
قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا
من العمل لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى
وجبت الكفارة عليهم والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر
عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار
حتى استحقوا الاجرة ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل
بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة
وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف
ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان
لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة
قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث تزلق به عادة اما ان رشه قليلا كما هو المعتاد
والظاهر انه لا تزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط
لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد
موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه
لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذا
الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء

والحكم هنا في العلة

حانوت

حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استاجر اجيرا ليبني له
فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا
ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر
قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته
على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه
غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء
التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف
ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فيه
فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة
في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا
فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم
فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر وفي
الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان
بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية
في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد فيه اما بالتصرف في حق غيره
او بالافتيات على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب
على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى
لا يختلف وكذا ان حفره في ملكه لا يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر
في فناء داره لان ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان
الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين
او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد
وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر
عند ابي حنيفة لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من
الوقوع وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر
ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد
هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان
الطعام قريبا منه وان استاجر اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على
المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة
صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا

لان تحمل العاقلة امر ثبت بخلاف القياس فلا يلحق بها الاموال ابقاء

الافتيات الاستبداد بالرأي اي انفراد من الفوت وهو السبق اي السبق على راي الامام

اما الجوع فظاهر واما الغم فلضعف مزاجه

او آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره لان هناك يضمن المامور
ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع
المغرور وههنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب
والاجير غير متعد والمستاجر متعد فيترجح جانبه فان علموا بذلك فالضمان على
الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم
وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان
على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان
على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لاطلاق يده في التصرف
فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب فيها وبناء الدكان فكان
الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه ومن
جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على
الذي وضع القنطرة وكذا ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها
لان الاول تعد وهو تسبيب والثاني تعد وهو مباشرة فكانت الاضافة
الى المباشرة اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع
الملقي ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذا
اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان
لم يضمن وهذا اللفظ يشتمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه
فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبس فيحرج
بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ما لا يلبسه
فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه واذا كان المسجد للعشيرة
فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به انسان
لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة فعطب رجل من
غيرهم ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه
من القرب وكل واحد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا
فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق ان التدبير
فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي
وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم
مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق
كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من

من اهله وان جلس رجل منهم فيه فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة
وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على
كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه
في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث
فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف
وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه
اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات
الصلوة او لان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما
اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني في الاصل للصلوة وهذه الاشياء
ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للصلوة مباحا
مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل
مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى
الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه
اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة
فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة
بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه
وحده

فصل في الحائط المائل

واذا مال الحائط الى طريق المسلمين
فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه
حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه
لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء
كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد
وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين
بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع
صار متعديا بالامتناع بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا
بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد
لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب الضمان عليه يمتنع
عن التفريغ فينقطع المارة حذارا على انفسهم فيتضررون به ودفع
الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر
وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم ما تلف به من النفوس يجب فيه

الدية ويتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بطريق
الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف فيه وما تلف به من الاموال
كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تتحمل المال والشرط
التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن الآمر
من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول
الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح
الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بنى الحائط مايلا قالوا يضمن
ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدي ابتداء كما في اشراع الجناح
ويقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست شهادة على القتل
وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير
تاركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء
في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او
مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد
كل صاحب حق به وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة
لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم
المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواها منها ولو اجله
صاحب الدار او ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان
عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي
او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال
حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه
لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح
لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان
على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه
التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن
من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه
كالمستأجر والمرتهن والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته
على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى ابي اليتيم وامه في حائط الصبي
لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل
هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه

قوله يهي اي الوهي

دين

دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو
في عنق العبد ولو كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه
على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم
الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده
لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط المائل
على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه
لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ
اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط المائل اشهاد على النقض لان
المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه
وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى
مالكها واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا
ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته واذا كانت دار بين ثلثة نفر فحفر
احدهم فيها بئرا او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته
وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما
ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر
فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله
ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدار لان
اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان
كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات
لان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند
المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية **باب جناية البهيمة** والجناية
عليها قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة وما اصابت بيدها
او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن
ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح
مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه
لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل
النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة عما يمكن الاحتراز عنه
ولا يتقيد فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه
وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات

بالقتيل

صاحب الدار

او كدمت اي عضت بمقدم اسنانها او خبطت اي ضربت بيدها او صدمت اي ضربت بنفسها شيئا

السير فتقيدنا بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه
مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه
يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف
وشغل الطريق به فيضمنه وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة
او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان
حجرا كبيرا ضمن لان في الوجه الاول لا يمكنه التحرز عنه اذ سير الدابة لا يعرى
عنها وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما كان ذلك بتعنيف
الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال وان راثت
او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لا يضمن لانه من ضرورات
السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب
ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان
بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير
ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به قال والسائق
ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون
رجلها والمراد النفحة قال هكذا ذكر القدوري في مختصره واليه مال بعض
المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب
عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن
النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه
بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح
وقال الشافعي رح يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه
ما ذكرناه وقوله عم الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف
القتل كالمكره وهذا تخويف بالضرب وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب
ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو
تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز
عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها او رجلها
ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر
فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه
وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في
غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب وكذا يتعلق بالايطاء

(هامش: الوجوه كلها)

في حق

في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص
بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان
الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى
وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان واذا اصطدم فارسان
فماتا فعلى عاقلة كل منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رح يجب على عاقلة كل
منهما نصف دية الآخر يروى ذلك عن علي رض ولان كل واحد منهما مات
بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه
كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة
او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف
فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح
وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم
يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا
لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي
عن علي رض انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه
فرجحناه بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق
هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر
الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا
الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما
هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ
يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فياخذها ورثة المقتول الحر ويبطل
حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة رح
ومحمد رح تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر
فياخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد
يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا
القدر ياخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر
يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة ومن ساق
دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواتها كاللجام
ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه
وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد عادة ولانه

ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من
قبل فيتقيد بشرط السلامة ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا
ضمن به الدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه
ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا
ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق
فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة
وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد
يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود
ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه
وان ربط رجل بعيرا الى قطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله
فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك
الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في قتل الخطاء ثم يرجعون
بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب
الضمان عليهما في الابتداء وكل واحد منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة
التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا
ربط والقطار يسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من
ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط الابل قياما ثم قادها ضمن
القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه
ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها ضمن لان الفعل
انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن
والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق
فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم
يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل وجه الفرق
ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيره
هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان
الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن
ابي يوسف رحمه الله انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس قال وذكر
في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فما اصابت في فورها فالمرسل ضامن
لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة

او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت
ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذت
الصيد لان ذلك الوقوف يحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد و
هذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا
ارسل الى صيد فاصاب نفسا او مالا على فوره لا يضمنه من ارسل ومن
الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدي فيضمن ما تولد منه
اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي واذا ارسل
بهيمة واخسنت زرعا على فورها ضمن المرسل وان مالت يمينا وشمالا وله
طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا
او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام العجماء جبار قال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان
الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال
ومن فقأ عين شاة لقصاب فعليه ما نقصها لان المقصود هو اللحم فلا يعتبر
الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين البغل
والحمار والفرس قال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا
ما روي ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان
فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا
الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات
فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف
ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها
ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احدها قال ومن سار على دابته
في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلها او ضربته بيدها او نفرت
فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب وهو المروي عن
عمر رضي الله عنه وابن مسعود ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف
فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعدي في تسبيبه والراكب
في فعله غير متعدي فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا
دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعدي
في الايقاف وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على
نفسه وان القت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعدي
في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطأته فقتلته

كان ذلك على الناخس دون الراكب والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء
وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان
التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة والثاني مضاف الى الناخس
فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب
لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق
فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد
نخسها الناخس في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله من
حيث السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه
والركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو
شرط او علة للسير والسير علة للوطئ وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح
انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما
ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على
الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه
لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل عنه فصار كما اذا امر صبيا يستمسك على
الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على
عاقلة الآمر لانه امر بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل
آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس
حتى يكون السوق مضافا اليه فاذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على
الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال
ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها
فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس
اذا كان عبدا فالضمان في رقبته واذا كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان
بافعالهما ولو نخسها بشيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على
من نصب ذلك الشيء لانه متعدي بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها
بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

واذا جنى العبد جناية خطأ
قيل لمولاه اما ان تدفعه او تفديه وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها
الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق
والمسئلة مختلفة بين الصحابة له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب
على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان

العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق
برقبته ويباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الادمي
حالة الخطأ ان يتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو
معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة
والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة
حيث تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم
فلا عاقلة فتجب في الذمة صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال
لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي
اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي
هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب
وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني
الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر
قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا
اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين
واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف
ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما
اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا
خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا في الارش فاذا
اوفاه حقه سلم العبد له وان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه
لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد اختيار الفداء لم يبرأ لتحول الحق
من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية
الثانية حكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان
لم يكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان
تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش
كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون
المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول
اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان
كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه
بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان

ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاج للولي ان يفدي
من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه من العبد لان الحقوق
مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا
كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان
الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث
خلافة عنه فلا بد من التفريق في موجبها وان اعتقه المولى وهو لا يعلم
بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية
وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمن وحقه في اقلهما ولا يصير
مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان
الاعتاق يمنعه عن الدفع والاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين
الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع
لزوال الملك بخلاف الاقرار فيرد على رواية الاصل لانه لا يسقط به
حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك
لجواز ان الآخر كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر
فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم
النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري
لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف
العرض على البيع لان الملك ما زال فاذا باعه بيعا فاسدا لم يصر
مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه
يثبت قبل قبض البدل فيصير به مختارا واذا باعه مولاه من
المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض
وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة
اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه
فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت
بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب
من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص
من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط
به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا الاذن
في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص

الرقبة

الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم
المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او
شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير
مختارا لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية
لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا يرى انه لو علق الطلاق او العتاق
بشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت الطلاق
او العتق لا يحنث في يمينه كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية
والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه
بعد الجناية الا يرى ان من قال لامراته ان دخلت الدار فوالله
لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها
اذا مرضت فانت طالق ثلثا فمرض حتى طلقت ثلثا ومات من
ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف
ما اورد لان غرضه طلاق او عتاق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين
للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة
الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة
الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء
فاعتقه المدفوع اليه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية فان كان لم
يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه
ذلك انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح
كان عن المال لان اطراف العبيد لا يجري القصاص بينها وبين
اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وان الواجب هو
القود وكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة
كما اذا طلق منكوحته ثلثا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه
فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل
على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد
تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا وان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث
منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد دل الدليل على
الرضا في هذه لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى
بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء

وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء
على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا
فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده
ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا
الوضع يرد إشكالا فيما إذا عفى عن اليد ثم سرى إلى النفس فمات
حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب القصاص وبعض مشايخنا
قالوا ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس
والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن
الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وإن
بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فيكفي لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح
لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فإذا لم يبطل الجناية
لم يمنع العقوبة هذا إذا لم يعتقه أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرنا من قبل
قال وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه دين ألف درهم فأعتقه
المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة للأولياء
الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة عند الانفراد
الدفع للأولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين
الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى الولي ثم يباع للغرماء
فيضمنهما بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة
للمولى لأن الأجنبي يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لأنه
دونه وههنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهر أن فيه
فيضمنهما قال وإذا استدانت الأمة المأذونة لها أكثر من قيمتها
ثم ولدت فإنه يباع الولد معها في الدين وإن جنت جناية لم يدفع
الولد معها والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها
متعلق برقبتها استيفاء فيسري إلى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية
لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل
الحقيقي وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف
الحقيقية قال وإذا كان العبد لرجل زعم أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا
لذلك الرجل خطأ فلا شيء عليه لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى
الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة

من غير

من غير حجة قال وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا
عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان
لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا عرف
رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء فصار كما إذا
قال العاقل البالغ طلقت امرأتي وأنا صبي أو وأنا مجنون أو بعت
داري وأنا صبي أو مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله
لما ذكرنا قال ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي
فقالت بل قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذا القول قولها
في كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف وقال محمد لا يضمن إلا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لأنه
منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية للضمان
كما في المسئلة الأولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم بيده حيث
اعترف بالأخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر
فلهذا يؤمر بالرد إليها ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه
فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني
اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة
فإن القول قول المقر له وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان
لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي إذا
أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته
المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها وإن كانت مديونة
لا يجب الضمان عليها فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية قال
وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيا أن يقتل رجلا فقتله فعلى عاقلة
الصبي الدية لأنه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بيناه
ولا شيء على الآمر وكذا إذا كان الآمر صبيا لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما
لأن المؤاخذة فيه باعتبار الشرع وما اعتبر الشرع قولهما ولا رجوع لعاقلة
الصبي القاتل على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتاق
لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد بخلاف
الصبي لأنه قاصر الأهلية قال وكذلك إن أمر عبدا معناه أن يكون الآمر
والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء

فلا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق اقل من الفداء ومن قيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطاء وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغير لان عمده خطاء اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفى احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفى احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطاء فعفى احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف لولي العمد الذي لم يعف وعشرة آلاف لولي الخطاء لانه لما انقلب العمد مالا كان حق ولي الخطاء في كل الدية عشرة الآف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة الآف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه اليهم دفعه اثلاثا ثلثاه لولي الخطاء وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رح وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لولي الخطاء وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطاء بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا انقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق يتعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظاير واضداد ذكرناها في الزيادات قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما فعفى احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع الذي عفى نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب ايضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة رح وفي اكثرها مع ابي يوسف رح وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفى احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف رح في المسئلتين ان حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع حق استحقاق القصاص له فاذا انقلب مالا يكون على هذا الوجه فعلى اعتبار قولهما ان القصاص كان واجبا على العبد فاذا عفى احدهما انقلب نصيب الآخر

مالا وذلك نصف الدية لكن شايعا في كل العبد فما لا في نصيبه سقط وما لاقي نصيب شريكه وهو العافي ثبت فصار نصف النصف موجبه ربع الدية فيفديه بذلك او يدفع ربعه وهو نصف نصيب العافي لان الجناية لو اوجبت كل الدية او جب دفع كل العبد وجه قول ابي حنيفة رح ان حق كل واحد في القصاص في نصف العبد لكن غير معين لان كل نصف يصلح محلا للقصاص سواء كان ذلك النصف نصيبه او نصيب صاحبه وشايعا بين النصيبين فاذا انقلب نصف الذي لم يعف مالا انقلب في محل القصاص فيكون غير معين فعلى تقدير انه لاقي نصيبه بطل جميعه وعلى تقدير انه لاقي نصفا شايعا من النصيبين يثبت نصفه ويبطل نصفه والمال لم يكن واجبا فلا يجب بالشك **فصل** ومن قتل عبدا خطاء فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة الآف او اكثر قضي له بعشرة الآف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضي له بخمسة الآف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يجب قيمة العبد بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اقوى فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذا امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رايا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الآف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رض وفي يد العبد نصف قيمته لا تزاد على خمسة الآف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد

لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه قال
فان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها
لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه
المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه و
الا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك
وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل
وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص
يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق
للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه فيتعذر
الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل
الاشتباه لان الملكين في الحالين مختلف بخلاف العبد الموصى بخدمته
لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت
الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو
ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه
الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى
فينزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه
الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق
قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع
القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان
المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل
الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم
لا يختلف باختلافه بخلاف تلك المسألة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما
والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ
دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون
الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه
ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص
والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى
هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا
امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت

الجرح

الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل
وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الفصل الثاني ومن
قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى
لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين
في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان
انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر
انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا
واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما
رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل
واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد
فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول
الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا
في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته
وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة وقالا ان شاء امسك
العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه
كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقي على
ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية
قائمة في الذات وهي معتبرة في حق سقوط الاطراف اعتبارها في حق الذات قصرا
عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس
المنفعة والضمان مقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية
للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف
عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى
العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا
وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان من
خرق ثوب غيره فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه
قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية ان كانت
معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا
الا يرى ان العبد لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء
وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان يباع

رقبته فيهما من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن
احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن
المولى الاقل من قيمتهما ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة انه قضى بجناية
المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير والاستيلاد
من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم و
وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه حق لولي الجناية في الاكثر من الارش
ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه يفيد في
جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة
في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت
لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة
كدفع العبد وذلك لا يتكرر فكذا هذا ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته
لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان
جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى الولي بقضاء فلا شيء عليه
لانه مجبور على الدفع وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار
ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة وقالا
لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع
كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع بقضاء ولابي حنيفة ان الجاني بدفع
حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا
لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة
من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في
حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية عملا بالشبهين
واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة ولان
الضمان انما وجب عليه بالمنع وصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة
بمنزلة المدبر في جميع ذلك لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر
المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب
جناية الخطاء على سيده واقراره به لا ينفذ على سيده

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده
ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان

المولى

المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك فلا شيء عليه والفرق ان
الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة
سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية
مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى
عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور
عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله
قال ومن غصب مدبرا فجنى جناية عنده ثم رده على المولى فجنى جناية اخرى
عنده فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه
عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم
فيه ولا يمنع الا رقبة واحدة ولا يزاد على قيمتها ويكون بين ولي الجنايتين
نصفين لاستوائهما في الموجب ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه
استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف
العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له
لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى
فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد
وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاولى في جميع القيمة لانه حين جنى
في حقه لا مزاحم له وانما ينتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل
العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى بما
اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان
كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما
نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير
ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ هي كانت في يد الغاصب
فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع
بخلاف الفصل الاول عند محمد ثم وضع المسئلة في العبد قال ومن غصب عبدا
فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين
ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاولى ويرجع به على الغاصب
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له وان
جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ثم يرجع بنصف قيمته

فيدفعه الى الاولى ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا
الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن
غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثانيا فجنى
عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفين لانه منع رقبة واحدة
بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع على الغاصب بقيمته لان الجنايتين
كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان
وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال
ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده فيسلم له
ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له
الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه مسئلة
على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد هو ان في الاولى
الذي يرجع به عوضا عما سلم لولي الجناية الاولى لان الثانية كانت
في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يمكن
ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى
ما ذكرناه ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء
وان مات من صاعقة او نهش حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا
استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان
الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا
فاذا كان الصغير حرا يدا ورقبة اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن
يضمن بالاتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا
لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه
وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان
تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف
الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن وتجب الدية
على العاقلة لكونه تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية
وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
والشافعي رح يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه
لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف رح
والشافعي رح يؤاخذ في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي

اي هذا ايلاف ه

وقال محمد

وقال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في
صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط
غير معتبر وفعله معتبر ولهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه
الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع
ولابي حنيفة ومحمد رح انه اتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ بالضمان كما اذا اتلفه
باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع
المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا بالنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ
ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ و
المأذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا
لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي لانه
سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره قال
واذا استهلك مالا يضمن يريد به من غير ايداع لانه مؤاخذ بافعاله وصحة
القصد لا معتبر بها في حقوق العباد

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل
في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا
علمنا له قاتلا وقال الشافعي رح اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء
خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال
مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي
واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر
يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان
اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير
انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي وان حلفوا لا دية عليهم للشافعي رح
في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه
ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد
فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له
كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها
والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة للمدعي واليمين على
المدعى عليه وروى ابن المسيب ان النبي عليه السلام بدأ باليهود في القسامة وجعل
الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون
الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال

اللوث قرينة حال توقع العلم بصدق المدعي

المبتذل فاولى ان لا يستحق بها النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان
اختيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل
او يختار صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر
القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح [على العلم] بابلغ
مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس
بشهادة قال واذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي ولا
يقضى له بالجناية وقال الشافعي رح لا تجب الدية لقوله عم في حديث عبد الله بن سهل
يبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدت في الشرع مبرئة للمدعى عليه لا ملزمة كما
في سائر الدعاوى ولنا انه عم جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وكذلك
جمع بينهما في حديث زياد بن ابي مريم وكذلك جمع عمر رض بينهما على وادعة وقوله عم يبرئكم اليهود
محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذلك اليمين مبرئة عما وجب له اليمين
والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم
عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية
تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت
بتقصيرهم في المحافظة كما عرف في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس
حتى يحلف لان اليمين مستحق فيه لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين
الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط
ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي
القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى
في العمد والخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على بعض باعيانهم
انهم قتلوا وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب
وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف رح في غير رواية الاصول في القياس
تسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة
فان قال نعم لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة ووجه قوله ان القياس
يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص اذا كان في مكان
ينسب الى المدعى عليهم والمدعى يدعي القتل عليهم فيما وراءه يبقى على اصل
القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان
تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين
دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من

غيرهم

[لاوجبناها]
غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناها لاوجبناها بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان
يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استحلف يمينا واحدة لانه
ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل
والدعوى في المال يثبت به وان كان في القصاص فهو على الاختلاف الذي
قد مضى في كتاب الدعوى وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت اليمين
عليهم حتى تتم خمسين لما روي ان عمر رض لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة
واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية
وعن شريح والنخعي مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمام هذه
السنة ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة
ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على
احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال ولا قسامة
على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول قال ولا
امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها قال فان
وجد ميت لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف
من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة
تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون
به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر
ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينيه او اذنه لانه لا يخرج
منهما الا بفعل من جهة الحي عادة [بخلاف ما اذا خرج من فمه او انفه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة صح] بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد
ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه
الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول
او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا
شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان
للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به
فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه [يتكرر صح] تتكرر القسامتان والديتان
بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان
كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب في الموجود وان كان
بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه والصلوة
على الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانه لا يتكرر ولو وجد فيهم جنين

او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان
كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر
ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا
لا حيا واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل
المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وان مرت دابة بين قريتين
وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روى انه عم اُتي بقتيل وجد بين قريتين فامر
بان يذرع وعن عمر لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب
كتب بان يقيس بين القريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم
بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه
اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا قال وان
وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على
عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل السكان في القسامة
مع الملاك عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح هو عليهم جميعا
لان ولاية التدبير كما يكون بالملك يكون بالسكنى الا ترى انه عم جعل القسامة
والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص
بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم
فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عم
اقرهم على املاكهم وكان ياخذ منهم على وجه الخراج قال وهو على اهل الخطة دون
المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح الكل مشتركون
لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعله
جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب
الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل
وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة
قال وان بقي منهم واحد فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد
منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم
لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد القتيل في دار فالقسامة على رب الدار
وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا
فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها

كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم
صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال وان وجد القتيل في دار مشتركة
نصفها لرجل وعشرها لرجل وللاخر ما بقي فهو على رؤس الرجال لان صاحب
القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون
على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى
وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو
على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى
عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي تصير له لانه انما انزل
قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد
بالملك ولهذا كانت الدية في هذا على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك
للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قراره كما
في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقدر على
الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر بالملك دون اليد وفي البات اليد
للبايع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات
ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان
الخيار للبايع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ به
يقدر على الحفظ قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله
العاقلة حتى يشهد الشهود انها للذي هي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب
اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كان دليلا على الملك ولكنها محتملة
فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار
المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة
على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها
حتى يجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك
في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روى عن ابي يوسف ظاهر
والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في
الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنتقل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة
على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم
فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم
وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في

في السوق فان كان مملوكا فعند ابي يوسف رح يجب على السكان وعندهما على الملاك
وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة
المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية
والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل
حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق
بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه
يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي ح
وابي يوسف رح وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب
ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره
فلا يوصف بالتقصير وهذا اذا لم يكن مملوكة لاحد فان كانت مملوكة فالقسامة
والدية على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد
في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا
بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه
اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو بقرب
منه الا يرى انهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيها بخلاف النهر الذي
يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون الدية والقسامة
عليهم قال واذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة
عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان وان ادعى على واحد من
غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق ما بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة
عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم
بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم
انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على
يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى
الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال
واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل
بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم
بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة
عن القسامة قال ولا على اولئك شيء حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى
لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما سقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة

على نفسه

على نفسه ولو وجد القتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك
لاحد فيها فان وجد في خباء او في فسطاط فعلى من يسكنها الدية و
القسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا
لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل
بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان
هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك
فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي
يوسف رح وقد ذكرناه قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف
بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة
عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على
واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال واذا
شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتله لم تقبل شهادتهما
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء
وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فيقبل شهادتهم
كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين
بالتقصير الصادر منهم فلا يقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم
كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال وعلى الاصلين
هذين يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على رجل من اهل
المحلة بعينه وشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة
قائمة مع الكل لما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن
ابي يوسف رح الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك
لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله
فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة
والدية على القبيلة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا ضمان
فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس
فلا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل
به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش
اضيف اليه فان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزمه
بالشك ولو ان رجلا جريحا به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين

ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف رح وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن
لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا
وجهي القولين فيما تقدم من مسئلة القتيل ولو وجد الرجل قتيلا في دار
نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة وقالا لا شيء فيه لان الدار
في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة
انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك
وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا
وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير
كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث
فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رح يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه
لانه يحتمل قتل نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رح
ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما لو وجد
قتيلا في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة
عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب
وقال ابو يوسف رح القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من
كان من اهل النصرة والمراة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة
لنفي التهمة وتهمة القتل من المراة متحققة قال المتاخرون ان المراة تدخل
مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك
العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض
من اهلها قال محمد هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية
ولو ادعى ولي القتيل على رجل من اهل المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالهما
لان القسامة والدية انما وجبت على اهل المحلة بانزالهم منزلة القاتلين

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها
تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك والدية في شبه العمد والخطاء
وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون
يعني يؤدون العقل وهي الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها
على العاقلة قوله م في حديث حمل بن مالك للاولياء قوموا فدوه ولان
النفس محترم لا وجه الى الاهدار والخاطي معذور وكذا الذي يتولى شبه
العمد نظرا الى الآلة ولا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم

اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا
بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وذلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين
في تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من
اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات
وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رح على
اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله ولا نسخ بعده ولانها
صلة فالاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر فانه لما دون الدواوين جعل
العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منكر
منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة
وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رض
قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم
قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله
والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منها في اصول
اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي م ومحكي عن عمر ولان الاخذ
من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة قال فان خرجت
العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله
اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في
السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان
الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله ولو خرج للقاتل ثلث عطايا
في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها الدية لما ذكرنا واذا كان
جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب بالقتل
ثلث دية النفس او اقل كانت في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام
الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة
وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا
فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح ما وجب على القاتل في ماله
فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض
ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه واذا قتل
عشرة رجلا خطاء فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء
بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء

بالدية لان الوجوب الاصلي لمثل في التحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها
من وجه كما في ولد المغرور وان لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته
لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل وتقسم عليهم في ثلث سنين
لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال كذا
ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع
الدية وقد نص محمد على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين
على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث
درهم وهو الاصح قال وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب
القبائل اليهم معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب
على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء
والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى
لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند
الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم
يتسع لذلك اهل راية يضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة
اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو
العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار
فيستوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة
دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى
انه لا يؤخذ من اصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت
عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضي الدية من ارزاقهم في ثلث سنين في
كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل
منهما صلة من بيت المال ثم نظر ان كان يخرج ارزاقهم في كل سنة فكلما
خرج رزقهم يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل
ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج
في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في
كل سنة مقدار الثلث فان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق
ذلك الشهر بحصته وان كان لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة
فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية
اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات

ليكونوا

ليكونوا في الديوان فاما بعد النصرة فيتيسر عليهم قال ويدخل القاتل مع
العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه
ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية
اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا ولنا ان ايجاب
الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء
منه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء
والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر لا يعقل مع العواقل
صبي ولا امراة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس
لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن
النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شيء عليهما
من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه
احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء
للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر
آخر يريد به انه اذا كان لاهل كل بلد ديوان على حدة لان التناصر بالديوان
عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه
من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر
فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب
والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة
لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان
اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى و
غيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير
من مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان
عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان
من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة و
قيل هو الصحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم
ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء
وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال اهل
البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل
المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم فصار نظير مسئلة

الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له لا يعقله اهل المصر
لان اهل العطاء لا ينتصرون بمن لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية
لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا ينتصر بهم وان كان لاهل الذمة
عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة
المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام لا سيما في المعاني العاصمة عن
الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم فان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية
في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى عليه كما في حق المسلم لما بينا ان
الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم
توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما
صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه
وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم
عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت
مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم
ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهودي والنصراني ينبغي ان لا يعقل
بعضهم عن بعض وكذا عن ابي يوسف رحمه الله لانقطاع التناصر ولو كان القاتل
من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه
يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر رحمه الله يقضى على عاقلته
من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد
تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان
المال انما يجب بعد القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء
ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته فاذا كان
كذلك تتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان
الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه
بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم
حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال الحكم الاول فلا
يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول
لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض
عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها
على اهل الكوفة لم ينتقل عنه وكذا البدوي اذا لحق بالديوان بعد القتل

بالدية بعلم اهل الديوان

قبل قضاء القاضي او بعد القضاء على عاقلته بالبادية ولا يتحول عنهم وهذا الحكم في
ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في الاموال في ثلث
سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث يصير الدية في اعطياتهم وان كان
قضي بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها
في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية يقضى من ايسر الاموال اداء والاداء
من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من
جنس ما قضي عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول
الى الدراهم لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال
العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم
ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه
وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
وقد مر في الولاء قال ولا يعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل
نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس موقوفا عليه
ومرفوعا الى النبي عليه السلام لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا
ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان
التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير
الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس
فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي
او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما
روي انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل النفس
على ما مر في الديات وما دون النفس يسلك به مسلك الاموال لانه يجب
بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس
قال ولا يعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف
الجاني لما رويناه ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان
العاقلة لقصور الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه لانه يثبت بتصادقهم
والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل الخطاء
ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في
ثلث سنين من يوم يقضى لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت
بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على

ان قاضي بلده كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة
فلا شئ له على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شئ
في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما
حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزم بقدر حصته
لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر
على العبد جناية فقتله خطاء كانت على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف
من اصلنا وفي احد قولي الشافعي رح يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا
يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس منه لا تتحمله العاقلة لانه يسلك
به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر
من قبل قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية على بيت المال
لان جماعة المسلمين هم اهل النصرة وليس بعضهم اخص منه بعض بذلك
ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم
في بيت المال وعن ابي حنيفة رح رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان
الاصل ان تجب الدية على الجاني وهو القاتل لانه بدل متلف والاتلاف
منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف عليه على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد
الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها
دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما
ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام
على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر
ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب
ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون
عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك اذا مات المكاتب عن وفاء وله
ولد حر فلم يؤد بدل الكتابة حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت
الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب
وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم
وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله وضمنت عاقلته الدية ورجعت
بها على عاقلة الآمر ان كان الامر يثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان
يثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر وعلى عاقلته
لان الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير قال ههنا عدة مسائل ذكرها محمد رح

العبده

متفرقة

متفرقة والاصل الذي تخرج عليه ان يقال ان حال القاتل اذا تبدل
حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاول
قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة تحول
الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني
ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان
يقضي بها على الاول لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها الى الاول
فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقتها زيادة
او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه
فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه

وما يكون رجوعا عنه قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى
جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضافه الى حال قيامها
بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة
الناس اليها فان الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض
وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه
يتحقق مقصوده المالي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية
ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار
الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تع من بعد وصية
يوصي بها او دين والسنة وهو قوله ع م ان الله تصدق عليكم بثلث
اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال
حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة
لما بينا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تع ولا يجوز بما زاد على
الثلث لقوله ع م في حديث سعد الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته
بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال
اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره
في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في
حق الورثة لان الظاهر انه يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار
على ما نبينه وقد جاء في حديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه
بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته

وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم حال حيوته لانها
قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف
ما بعد الموت لانها بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش
غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا مضى
وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند
من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة
وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز
باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل
الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس
من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل
عمدا كان او خطا بعد ان يكون مباشرا لقوله لا وصية للقاتل ولانه استعجل
ما اخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي يجوز للقاتل وعلى
هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي يبطل الوصية عندنا وعنده لا والحجة
عليه في الفصلين ما بيناه فان اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع
لحق الورثة ولان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا
يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا تجوز للوارث لقوله ان
الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه تتاذى البعض بايثار البعض
ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه
وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانها تمليك
مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث
في هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض
للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا
ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع
لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز بقدر حصته
لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر
والكافر للمسلم اما الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم
في الدين الآية واما الثاني فلانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات
ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير

الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية
قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوة الموصي او ردها
فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر
قبل العقد قال ويستحب للانسان ان يوصي بدون الثلث سواء كانت الورثة
اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال
الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث
اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون
فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقال عليه السلام افضل الصدقة على ذي
الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء
او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانها تكون صدقة على الاجنبي والترك
هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير
لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصلة والصدقة فيتخير بين الخيرين قال
والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي هو يقول
الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث
يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك
جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد
اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه
الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة واحدة
وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في
ملك ورثته والقياس ان يبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف
على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البايع وجه الاستحسان
ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته
وانما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط
فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين
يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين
فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدا بالاهم فالاهم الا ان يبرئه
الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها
قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير
لان عمر اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه

الى نفسه في تنفيذ الرزق ولو لم تنفذ تبقى على عتيرة ولنا انه متبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب الحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرف لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيته وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة لا تصح وعندهما تصح ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا يصح في غير الموجود كالثمرة فلان يصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية يصح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منها وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانها تبرع لم يتم فجاز الرجوع كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانه يعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق

المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعل مثل السويق يلته بسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة تظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى بها ثم اشتراه او وهبها ثم رجع فيها لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه واذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد وقال ابو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وان كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حيا حين قال ذلك ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم

وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة
فيكون منهما وان اوصى لاحدهما بالثلث ولآخر بالسدس فالثلث بينهما
اثلاثا لان كل واحد يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه
على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلثة اسهم لصاحب
الاقل سهم وسهمان لصاحب الاكثر قال فان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر
بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة اسهم عندهما وقال ابو حنيفة
الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في
المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين
الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل
فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم
الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في
ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع
لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر
في التفضيل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وكذا الخلاف فيما اذا اوصى
بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل
ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه
لو هلكت واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت
التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال وان
اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة وان اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان
الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية
بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح
يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال رح
وان اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس
فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا له مثل نصيب احد
الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيز الورثة لان السهم يراد به احد
سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا
اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله
ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي عم فيما
يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة

اي اياس بن معاوية
وهو قاضي بصرة

عن السدس

عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما قالوا كان هذا
في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة
اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع
صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال ومن قال
سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي
واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي
لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد
لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت يراد
بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه
او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله
فله جميع ما بقي وقال زفر رح له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك
بينهم والمال المشترك يتوى ما توي منه على الشركة ويبقى ما يبقى عليها
وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن
جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية
متقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف
الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال وان اوصى
بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهي تخرج من ثلث ما بقي من ماله
لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من
اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهي بمنزلة الدراهم وكذا المكيل
والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة قال ولو اوصى بثلث
ثلثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذلك الدور المختلفة
وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل
هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجمع ويجتهد وبدون ذلك يتعذر
الجمع والاول اشبه للفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله
مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه
امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه
ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له
شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا
على الدين لان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء

قوله من غير بخس بالباء الموحدة
والخاء المعجمة اي بلا نقص واذى

وإنما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لأن الميت ليس من أهل الوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها كما لو أوصى لزيد وجدار وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا بنصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية لعمرو لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وإن قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق إلا نصف الثلث قال ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت فيثبت حكمه بعده ويشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ومن أوصى بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنها إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وإن لم يكن له غنم فاستفادها ثم مات فالصحيح أن الوصية لو كانت بلفظ المال تصح فكذا إذا كان بلفظ نوعه وهذا لأن وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لأنه لما أضافها إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو أوصى بشاة ولم يضفها إلى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لأن المصحح إضافتها إلى ماله وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لأنه ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافها إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم بخلاف ما إذا أضافها إلى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم قال وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد أن المذكور لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الأولاد ثلاثة فلهذا يقسم على

سبعة ولهما أن الجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلث قال ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة درهم ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة لأن الشركة للمساواة لغة وقد أمكن إثباته بين الكل لما قلنا لاتحاد المال لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم كان الإشراك قال لآخر قد أشركتك معهما فله نصف ما أوصى لكل واحد منهما لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد منهما بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الإمكان قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فإنه يصدق إلى الثلث وهذا استحسان والقياس أن لا يصدق لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحا لكنه لا يحكم به إلا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لأن المدعي لا يصدق إلا بالحجة فتعذر إثباته إقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال وإن أوصى بوصايا غير ذلك عزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة لأن ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الإفراز فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد منهما فيما في يده من غير منازعة فإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لأنه هو دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث

ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا للاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل
فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له الزيادة على ذلك لانه يحلف
على ما جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف
الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك
فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان
الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث
من اهلها ولهذا يصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل
وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح
في حق الاجنبي لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فيصح في حق
من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي
فلا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى
اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا
كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض الاجنبي
ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة
احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا ومن كان له ثلثة اثواب
جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري ايها
هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث
لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا
وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم
الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون
لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث
الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له
في الرديء بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب
الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له
فيهما ويحتمل ان يكون الرديء هو الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا
ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين
حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى
احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي
فهو للموصى له عند ابي حنيفة رح وابي يوسف وعند محمد رح نصفه للموصى له

وان وقع

وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف وقال محمد رح مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره
لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه
بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك
الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية
في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه فله مثل ذرع
نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى
بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث
لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع لما بيناه ولا تبطل
بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد
الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع
بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية
فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة
ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من
الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في
نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت تقديره به
تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين
الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد
التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا
علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته والمراد في جزاء الطلاق
مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي
والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة
على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رح فيضرب
الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت
وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم
على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين
فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار
قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رح والفرق له ان الاقرار
بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له

والوصية بملك الغير لم يصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا يصح وصيته
ولا ينفذ قال ومن اوصى بثمن مال رجل لاخر بالف بعينها فاجاز صاحب
المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جايز وله ان يمنعه لان هذا تبرع بمال
الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع
من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث فاجازت الورثة لان
الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا
اجازوها سقط حقهم فينفذ من جهة الموصي قال وان اقتسم الابنان تركة
الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه
ثلث ما في يده وهو استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول
زفر لان اقراره بالثلث تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء
النصف ليتحقق له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في التركة وهي
في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره
لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له
بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شي الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه
لو اخذ نصف ما في يده فربما يقر الاخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير
نصف التركة فيزداد على الثلث قال ومن وصى لرجل بجارية فولدت بعد
موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت
في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل
القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل
في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ
ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك من الام
فان فضل شي اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورته وقال رجل له
ستمائة درهم وامة تساوي ثلث مائة فاوصى بالجارية لرجل ثم مات وولدت
ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما
له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال
فلا يخرج منها بالانفصال كما في البيع والعتق فينفذ الوصية فيهما على السواء
من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه فلو نفذنا الوصية فيهما
جميعا تنتقض في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان في تنفيذ
البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله

بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى
ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان
ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل

في اعتبار حالة الوصية واذا اقر المريض لامراة بدين او وصى لها بشي او وهب لها
هبة ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار
ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين
اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يوخر عنه بخلاف الوصية
لانها ايجاب بعد الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة ان كانت
منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى
انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين يعتبر من الثلث قال واذا اقر
المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته
بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان
بعده او عنده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة
قايم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب
الارث الزوجية وهي طارية حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار و
هي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره
قال وكذلك لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا في كتاب الاقرار
ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقرار لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح
لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت
واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات
هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والاشل
والمسلول اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع
المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل به
بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان
وهب عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار
صاحب فراش لانه لا يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض
الموت **باب العتق في المرض** قال ومن اعتق عبدا في مرضه
او باع وحابى او وهب فذلك كله جايز وهو معتبر من الثلث ويضرب
به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جايز والمراد

الاعتبار من الثلث وفي الضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها
ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف الى الموت واعتباره من الثلث
لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض في ايجابه على نفسه كالضمان
والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت
فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون
حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد فان كان
صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض
صح منه فهو كحال الصحة لانه بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال
وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة
وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين جميعا
والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من
اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض
الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير
الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت
والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق
وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من
جهة الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي
واذا قدم ذلك فما بقي بعد ذلك من الثلث يستوي فيه من سواهما من
اهل الوصايا ولا تقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق
اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر
لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في
ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة
ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا
وثبت هو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة
اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما
في ذلك ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق
مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق
الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما
العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك

علم المحاباة الثانية

منها

منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت وصية بحجة يحج عنه بما بقي
من حيث يبلغ في قولهم جميعا وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على
الورثة وقال ابو يوسف ومحمد يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة
فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة
وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز
بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل
وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة
بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة
عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة
عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه بالفقه قال ومن ترك
ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز
الوارثان ذلك لم يستسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم
الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة
لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه ولهذا لا سعاية عليه قال ومن اوصى بعتق
عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع
قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه
يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به
عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه
الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان
العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فينفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث
ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له
اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء
للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او يقوم له البينة ان العتق كان في
الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق في الصحة
ليس بوصية ولهذا تنفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق
في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال
فكان منكرا فالقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحادث
يضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث
فيكون القول قوله قال الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه

لا مزاحم له او يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت
معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال
للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال
صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق ولا يسعى في
شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد
فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على
المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار
بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق
اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية
ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة
ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض
مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال
رجل لي على الميت الف درهم دين وقال اخر كان لي عنده الف درهم وديعة
فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

فصل ومن اوصى بوصايا

من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج
والكفارات والزكوة لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم
وان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر
انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدأ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى
الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاول
انهما وان تساويا في الفريضة فالزكوة يتعلق بها حق العبد فكان اولى وجه
الاخر ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اولى
ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من
الوعيد ما لم يات في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة
الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة
على الاضحية بالاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس
يقدم بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي
لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا
ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه
ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها

[margin: ... ما لم يحج والزكوة والكفارات ... قسم على اربعة اسهم ايضا]

رضاء الله تعالى فكل واحد في نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الادميين
قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب
عليه لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء
ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فينصرف
اليه على الوجه الذي وجب عليه قال وان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه
من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير
انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن
والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها اصلا وقد فرقنا بين هذا وبين
الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق
واوصى ان يحج عنه يحج من بلده عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا يحج عنه
من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق
لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع
اجره على الله تعالى فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه
لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما
قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رح وقالا هم
الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان
وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق
الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص
وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد
بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من يسمع النداء
ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد
من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قال الشافعي رح الجار الى اربعين
دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك
والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه
العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية
لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم
من امراته لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم
منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد رح

وابي عبيد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم
منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق
بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت
قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم
الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا
الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ
يتناول الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل
ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا
وهذا عند ابي حنيفة وقالا الوصية لكل من ينسب اليه الى اقصى اب له
في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم
يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي
طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة
فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية
اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع
المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي
ما فرط منه في اقامة واجب الصلة وهو مختص بذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه
قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه
عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره
وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد
الاجماع على تركه فان عنده يتقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى الاب في
الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى قال ومن اوصى لاقربائه وله عمان
وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة اعتبارا بالاقرب كما في الارث
وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين
فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو
الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث
يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحوز الواحد كلها اذ هو الاقرب
ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما وعمة وخالا
وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة
وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا

رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدته من طلاق

وكذا

وكذا اذا اوصى لذي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل
ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف
قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة وقالا يتناول
كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى
واتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة للزوجة يشهد بذلك
قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل فلان ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى
الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها
ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت
ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون
من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه
بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني فلان
او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية
فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية
تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية
القربة وهو في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز
حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان
فهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن
صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر
الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا
لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث
في قول ابي حنيفة اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم
رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه
للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او
فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد
الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم
قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد
ينتظم الكل انتظاما واحدا قال ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ
الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما
في الميراث قال ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة

وقال الشافعي رحمه الله في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في مواضع اخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد الموالي وموالي الموالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون ايضا والكل شركاؤه لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول ان الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه (موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم صح) وبخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي لان اللفظ له مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وغير بدل وكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانها خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما

قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن

قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ابقاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول وهو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف رحمه الله ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه

قال وان مات الموصى له عاد الى ورثته لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤجر العبد والدار وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانه اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره فالمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا

او فی تملیکها بالمال احداث صفة المالیة فیها تحقیقا للمساواة فی عقد المعاوضة
وانما یثبت هذه الولایة لمن یملکها تبعا لملك الرقبة او لمن یملکها بعقد
المعاوضة حتى یکون مملکا لها بالصفة التی تملکها اما اذا تملکها مقصودة بغیر
عوض ثم ملکها بعوض کان مملکا اکثر مما تملکه معنى وهذا لا یجوز ولیس
للموصى له ان یخرج العبد من الکوفة الا ان یکون الموصى له واهله فی غیر الکوفة
فیخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا کان یخرج من الثلث لان الوصیة تنفذ على
ما یعرف من مقصود الموصی فاذا کانوا فی مصره فمقصوده ان تمکنه
من خدمته بدون ان یلزمه مشقة السفر واذا کانوا فی غیر مصره
فمقصوده ان یحمل العبد الى اهله لیخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره
یجوز ایضا لانه بدل المنفعة فاخذ حکم المنفعة فی جواز الوصیة به کیف وانه
عین حقیقة لانه دراهم او دنانیر فکان بالجواز اولى ولو لم یکن له مال غیره
کان له ثلث غلة تلك السنة لانه عین مال یحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد
الموصى له قسمة الدار بینه وبین الورثة لیکون هو الذی یستغل ثلثها لم
یکن له ذلك الا فی روایة عن ابی یوسف رح فانه یقول الموصى له شریك الوارث
وللشریك ذلك فکذا للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنی على ثبوت
الحق للموصى له فیما تلاقیه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له فی عین الدار وانما
حقه فی الغلة فلا یملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر
برقبته وهو یخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة علیها لصاحب
الخدمة لانه اوجب لکل واحد منهما شیئا معلوما عطفا منه لاحدهما على
الآخر فیعتبر بهذه الحالة الانفراد ثم لما صحت الوصیة لصاحب الخدمة فلو لم
یوص فی الرقبة بشیء لصارت الرقبة میراثا للورثة مع کون الخدمة للموصى
له فکذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصیة اخت المیراث من حیث
ان الملك فیهما یثبت بعد الموت وله نظائر وهی ما اذا اوصى بامة لرجل
وبما فی بطنها لآخر وهو یخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه
او قال هذه القوصرة لفلان وما فیها من التمر لفلان کان کما اوصى
ولا شیء لصاحب الظرف فی المظروف فی هذه المسائل کلها اما اذا فصل
احد الایجابین عن الآخر فیها فکذلك الجواب عند ابی یوسف رح وعلى قول
محمد رح الامة للموصى له بها والولد بینهما نصفان وکذلك فی اخواتها لابی یوسف رح

الا بایجابه

ان بایجابه فی الکلام الثانی تبین ان مراده فی الکلام الاول ایجاب الامة
للموصى له بها دون الولد وهذا البیان منه صحیح وان کان مفصولا لان الوصیة
لا یلزم شیء فی حال حیوة الموصی فکان بیان المفصول فیه والموصول سواء
کما فی وصیة الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم یتناول الحلقة والفص
وکذا اسم الجاریة یتناولها وما فی بطنها واسم القوصرة کذلك ومن
اصلنا ان العام الذی موجبه ثبوت الحکم على سبیل الاحاطة بمنزلة الخاص
فقد اجتمع فی الفص وصیتان وکل واحد منهما وصیة بایجاب على حدة فیجعل
الفص بینهما نصفین ولا یکون ایجاب الوصیة فیه للثانی رجوعا عن الاول
کما اذا اوصى بالخاتم للثانی بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا یتناول
الخدمة وانما یستخدمه الموصى له بحکم ان المنفعة حصلت على ملکه فاذا اوجب
الخدمة لغیره لا یبقى للموصى له فیه حق بخلاف ما اذا کان الکلام موصولا لان
ذلك دلیل التخصیص والاستثناء فتبین انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة
خاصة دون الفص قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفیه ثمرة
فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانی ابدا فله هذه الثمرة وثمرته
فیما یستقبل ما عاش وان اوصى بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فیما
یستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا یتناول المعدوم
الا بدلالة زائدة مثل التنصیص على الابد لانه لا یتأبد الا بتناول المعدوم
والمعدوم مذکور وان لم یکن شیئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما یکون
بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا یقال فلان یأکل من غلة بستانه ومن
غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما عرفا غیر موقوف على دلالة اخرى
اما الثمرة اذا اطلقت لا یراد بها الا الموجود فلهذا یفتقر الانصراف
الى دلیل زائد قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او
بلبنها ثم مات فله ما فی بطونها من الولد وما فی ضروعها من اللبن وما على
ظهورها من الصوف یوم یموت الموصى سواء قال ابدا او لم یقل لانه ایجاب
عند الموت فیعتبر قیام هذه الاشیاء یومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق
ان القیاس یأبى تملیك المعدوم لانه لا یقبل الملك الا فی الثمرة والغلة
المعدومة جاء الشرع بورود العقد علیها کالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك
جوازه فی الوصیة بالطریق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واختاه
لا یجوز ایراد العقد علیها اصلا ولا یستحق بعقد ما فکذا لا یدخل تحت الوصیة

الصوف واللبن

بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا
فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

قال واذا صنع يهودي او نصراني
بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح
والوقف يورث عنده ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا يصح
عندهما قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى
ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف
ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى
بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا الوصية باطلة لان
هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها
من تقرير المعصية وله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون
فيجوز بناء على اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في
معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة
بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب
لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد
المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فيبقى ملكا للباني فيورث عنه ولانهم
يتبوءون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة
يورث المسجد ايضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه
امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه
فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها
ان يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في معتقدنا وهو ما ذكرناه وما اذا
اوصى الذمي بان يذبح خنازيره ويطعم المشركون فهذه على الخلاف اذا كان
القوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة
في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجد للمسلمين
او بان يسرج في مساجد المسلمين فهذه باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا
كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها
اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس
او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم باعيانهم او بغير
اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى
بما لا يكون قربة في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا

غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا
واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية كالمسلم
لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون
على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه
يصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال
واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع
الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثتهم
حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار
الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت
الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده
عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث
لما بينا وكذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام
فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تجوز عقود التمليكات منه في حال حيوته ويصح
تبرعه في حيوته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز لانه من
اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة
الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا
بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف
ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام
لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورده في غير وجهه فليس برد
لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته
صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث
يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه
قال فان رده في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور
فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار
ان شاء قبل وان شاء رد لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه
باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر
بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف... لانه يختص
بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لم تتوقف على

العلم كالوراثة اما التوكيل فاثباته للنيابة في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من
غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار
فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله
ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل
لا يبطل الايصاء لان في ابطاله مضرة بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب
ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه
مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر عنه وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية
فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع به الضرر
من الجانبين ولهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه
لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال ومن اوصى الى عبد او كافر
او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة
الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل
معناه في جميع هذه الصور ستبطل وقيل في العبد معناه باطلة حقيقة لعدم ولايته
واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته
على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة
وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف
ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة
للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي عن
الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق
مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى
عبد نفسه وفي الورثة كبار لم يصح الوصية لان للكبار ان يمنعوه او يبيع نصيبه فيمنعه
المشتري فيعجز عن الوفاء فلا يحصل الوصاية ولا يفيد فائدته وان كانوا صغارا
كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل
قول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة ومرة مع ابي يوسف ووجه القياس
ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك
على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى
وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله
انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية
فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه

يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي
عن ابي حنيفة او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف
لتصحيح الاصل اولى قال ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم القاضي
اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم
الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكى اليه
الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا
تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر
من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه
لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا
قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى
الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة
لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه
وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب
القاضي منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان
يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في الاشياء المعدودة
نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف
في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى
فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية
خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي
وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص
كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد ولهما ان الولاية
تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط
مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في
الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان
الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه
وههنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على
صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما
ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة
مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء كفن الميت

وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار
وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب
والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب
الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه
من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصية
بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حق حقوق الميت
لان الاجتماع فيه متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في
التاخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع
ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة
لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب
الولاية قال وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد
بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما
جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف
فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد
منهما على التصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد
وهذا لانه لما افرد فقد رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان
وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات
احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد
بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رحمه الله
الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في
حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما
اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص
آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان راي الميت باق حكما براي
من يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده
بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضي المتوفى واذا مات
الوصي واوصى الى آخر فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي
لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع بينهما
انه رضي برايه لا براي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بالولاية المنتقلة اليه
فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي

تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه
فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت
كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني فيهما منزلته ولانه لما استعان به
في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار
راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده
بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له
عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت
حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت
ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر
وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن
الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه
ويصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك
ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان
الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض
التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث
فيتوى ما يتوى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال
فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي
لما بينا وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن
الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال
ابو يوسف رحمه الله ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث
وقال محمد رحمه الله لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا
ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطل الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام
مقامه ولابي يوسف رحمه الله ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها و
اذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة لا تراد لذاتها بل
لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج
بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم
يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال ومن اوصى بثلث الف
درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان
الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا للورثة

والقاضي نصب ناظرا لاسيما في حق الموتى والغيب ومن نظيره افراز نصيب الغائب
وقبضه فينفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على
الورثة سبيل قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو
جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير
محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه
وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية
لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق
الاستسعاء اما ههنا بخلافه قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه
على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده واستحق العبد ضمن الوصي
لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري ما رضي ببذل
الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه
فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل
وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في
جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ
حكمها ومحل الوصية الثلث وجه ظاهر الرواية انه يرجع عليه بحكم الغرور
وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه
اذا تولى البيع حيث لا عهدة لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ
يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة
وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب
القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا
كان على الميت دين آخر قال وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من
الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه
عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه
قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون
املأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول املأ لا يجوز لان فيه تضييع مال
اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن
الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز
عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب
يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم

المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية
نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منهم
تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب كتاب الشراء على
وصي كتب كتاب الشراء على حدة وكتاب الوصية على حدة لان ذلك احوط
ولو كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له
على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان
وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال
وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي
ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار
ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد
اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه قال ولا يتجر في
المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقالا وصي الاخ في الصغير والكبير
الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا
الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب
الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي احق بمال اليتيم من الجد وقال الشافعي رحمه الله
الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم
على وصيه ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة
معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل
على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب
لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه يتقدم
عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه

فصل في الشهادة

فاذا شهد الوصيان
ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما
معينا لانفسهما الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس
كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي
ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة
التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكذا الابنان معناه اذا
شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا
بنصب الحافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء في مال
الميت وغيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما

في المشهود به قال وان شهد الوارث كبيرين في عقار الميت لم تجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شهد الوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في التركة لا في غيرها قال واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق منهم للآخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا تقبل في الدين ايضا وابو حنيفة رح فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف رح وعن ابي يوسف رح مثل قول محمد رح وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

لان العبد الموصى به دخل في الثلث

كتاب الخنثى فصل في بيانه

قال المصنف اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى وان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عم سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رض مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا عبرة بالكثرة عند ابي حنيفة رح وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر

حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه

الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فيفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل فيفسد صلوته فان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة قال واحب الي ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة الجلوس وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته بان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها الى بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر بغير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رح لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لباس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رح يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق بان قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك

ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين
لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل
وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه
دعوى على خلاف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم
بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة لان حل
الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد
لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امراة لاحتمال انه ذكر
او انثى وان يسجى قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية
لا تضره وان مات فصلي عليه وعلى رجل وامراة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى
خلفه والمراة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امراة ويقدم على المراة
لاحتمال انه رجل ولو دفن مع الرجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل
لاحتمال انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امراة قدم الخنثى لاحتمال
انه رجل وان جعل على السرير نعش المراة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن
كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه ان كان انثى فقد
اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زاد على الثلث فلا باس بذلك قال ولو مات
ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو
انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث
ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفوا في قياس قوله وقال محمد
المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال
بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند
الانفراد والخنثى ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا بضرب
بثلثة وذلك بضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا
يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا فالمتيقن
الاحسن له ثلث ونصف ما قبل ذلك سنة ففي حال يكون المال بينهما نصفان
وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع
الشك في السهم الزائد فتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فتضعف ليزول
الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة ان الحاجة
ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد
عليه شك فاوجبنا المتيقن فقصرنا عليه لان المال لا يجب بالشك فصار كما اذا كان

وخمسة د

الشك

الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان
نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه
متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب ولام هي خنثى
او امراة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج
النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمراة الربع وللاخوين
لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين منهما

مسائل شتى

قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد عليك بما في الكتاب
فاومى براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز
ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان
المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي
كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق باب الذكاة والفرق لاصحابنا ان
الاشارة انما تعتبر اذا صارت معلومة معهودة وذلك في الاخرس دون
المعتقل لسانه لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة بمنزلة الاخرس
ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس
فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان
وفي الآبدة عرفناه بالنص قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومئ ايماء
يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد
ولا يحد له بالقذف ولا حد عليه اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب
ممن دنا الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة ومرة بالكتابة
الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الاخرس اظهر والزم ثم
الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب
والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار
وينوى فيه لانه بمنزلة الصريح من الكناية فلا بد من النية وغير مستبين
كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم
واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في هذه الاحكام للحاجة الى ذلك
لانها من حقوق العباد ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ
والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى وانها
تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد
ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو شرط ثم الفرق

بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت بينة فيه شبهة الا يرى لو شهدوا
بالوطئ الحرام او اقر بالوطئ الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر
بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه
معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات
التي هي في حق العباد اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى
العوضية فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من
الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك فيكون
فيها روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب
في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة
ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لانه حجة ضرورية
ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل
واحد حجة ضرورية وفي الكتاب زيادة بيان لم توجد في الاشارة وفي الاشارة
زيادة اثر لم توجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من اثار الاقلام فاستويا
وكذا الذي صمت يوما او يومين لعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق
قائمة وقيل هذا تفسير معتقل اللسان قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة
فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين
لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول
في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي يحتمل ان تكون ذكية
اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة
وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان
التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحال حال
الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا يرى ان
اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول
اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع
الامتناع عنه فيسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل
النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف
ما اذا كانا نصفين او كانت
الميتة اغلب لانه لا
ضرورة فيه

[illegible]

١٠٩٦

عمر بن محمود بن محمد الفاضي الامام احد اصحاب الامام صاحب الهداية

قال صاحب الهداية قدم من رشدان للتفقه علي والطلب علي فخالف

درس مدة ولما اراد الانصراف كتب الى بابيات

ايا والذي فاق الانام جميعها   وحاز اصاليب العلا والمحامد

وانت عديم المثل لازلت باقيا   وانت جميع الناس في ثوب واحد

وانت الذي علمتني سور العلا   وانت الذي ربيتني مثل والد

اريد ارتحالا من وركصرورة   فهل منك اذن يا كبير الاماجد

فان طال الباق الغريب ببلدة

فلا بد يوما ان يكون بعابد

من الجواهر المضية